Beiträge zur Teilnahmelehre,

insbesondere nach dem

Deutschen Strafgesetzentwurf von 1927

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- u. Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

— Rechtswissenschaftliche Abteilung —

der

Eberhard-Karls-Universität

zu

Tübingen

vorgelegt von

Gustav Kircher

Referendar

aus Tübingen

Tübinger Handelsdruckerei Müller & Baß, Tübingen

1931

Dekan: Prof. Dr. Walther Schönfeld.

Referent: Prof. Dr. Auguſt Schoetenſack.

Dezember 1931.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner Mutter.

Inhalts-Verzeichnis

I. Abschnitt.

Die Hauptprobleme im geltenden Recht und deren Regelung in den Entwürfen.

Seite

A) Geltendes Recht.

Einleitung 7

§ 1. Die Kausalität 8

§ 2. Die Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe 9

§ 3. Die Akzessorietät 24

§ 4. Der mittelbare Täter 29

B) § 5. Die Entwürfe von 1909—1925 39

II. Abschnitt.

Der Entwurf 1927.

§ 6. Die Akzessorietät 46

§ 7. Die Mittäterschaft 49

§ 8. Die Anstiftung und mittelbare Täterschaft 58

§ 9. Die Beihilfe 73

§ 10. Der Einfluß der besonderen Eigenschaften und Verhältnisse . . . 77

Schlußbetrachtung 84

Literaturverzeichnis 85

I. Abschnitt.

Die Hauptprobleme im geltenden Recht und deren Regelung in den Entwürfen.

A. Geltendes Recht.

Die Strafdrohungen des geltenden Rechts richten sich — abgesehen von den Fällen der sogen. notwendigen Teilnahme, bei denen zur Verbrechensbegehung eine Mehrheit von Personen erforderlich ist — gegen den unmittelbaren, alleinhandelnden Täter. Sind aber bei der Ausführung eines Verbrechens Mehrere beteiligt, so erhebt sich die Frage, wie diese zu behandeln sind. Soll jeder wie der Alleintäter behandelt werden, auch wenn er nur psychisch oder physisch in ganz untergeordneter Weise einen Tatbeitrag geleistet hat, oder ist er überhaupt etwas anderes als Täter und in welchem Verhältnis steht er dann zu ihm?

Die Beantwortung dieser Fragen führte zur Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme. Man wollte eine Erweiterung des Täterbegriffs auf alle bei der Ausführung eines Verbrechens in irgend einer Weise Beteiligten vermeiden. Man kam zu dem Ergebnis, daß nicht jeder Täter sein könne, sei es, weil er nur ganz untergeordnet bei der unmittelbaren Ausführung des Verbrechens mitgewirkt, sei es, weil er nur mittelbar die Veranlassung zum Delikt gegeben hat.

Vor allem waren für die Lehre von der Teilnahme zwei Probleme von Bedeutung: die Frage nach der Kausalität und Akzessorietät,[1]) die wie „Tyrannen die Lehre von der Teilnahme beherrscht und mißhandelt haben".[2]) Zur Lösung beider Probleme wurde eine Menge der verschiedenartigsten Theorien aufgestellt, von denen aber keine allgemeine Anerkennung gefunden hat.[3])

---

[1]) Bar, Gesetz und Schuld II. S. 591.

[2]) Mayer, Allg. Teil S. 387.

[3]) Zimmerl Z. St. W. 49, S. 39: „Die Teilnahmelehre gehört zu den vielen heißumstrittenen und ziemlich hoffnungslosen Kapiteln der dogmatischen Strafrechtswissenschaft." Kantorowicz (zitiert bei Binding, Strafr. Abh. S. 253: „Die Teilnahmelehre ist das dunkelste und verworrenste Kapitel der deutschen Strafrechtswissenschaft."

§ 1. Die Kausalität.

Der Kausalität wurde früher für die Abgrenzung der Teilnahme von der Täterschaft große Bedeutung zugemessen.[1]) Die reinen Kausaltheorien sind heute dagegen in den Hintergrund getreten, da man den Teilnehmer vom Täter nicht mehr lediglich auf Grund seiner Beziehung zum Erfolg unterscheidet, sondern mehr und mehr auch die Willensseite der am Verbrechen Beteiligten bei der Abgrenzung berücksichtigt. Es ist auch ein Fehler, lediglich auf die Beziehungen des Einzelnen zum Erfolg abzustellen und den Willen und die Vorstellung ganz außer Betracht zu lassen.[2])

Der Streit um die Abgrenzung ist deshalb so lebhaft, weil es an einem klaren Täterbegriff fehlt und infolgedessen auch der Umfang der mittelbaren Täterschaft nicht feststeht. Die Bedingungstheorie, die vor allem in der Praxis Anerkennung gefunden hat, vermag objektiv Täterschaft und Teilnahme nicht zu unterscheiden; nach ihr sind alle Bedingungen gleichwertig. Jede Bedingung, ohne die der Erfolg nicht eingetreten wäre, ist Ursache für den Erfolg. Jeder Mitwirkende hat daher gleichmäßig den Erfolg herbeigeführt. (Damit ist aber nicht gesagt, daß jeder auch Täter sei. Es wird zunächst nur festgestellt, wer am Verbrechen beteiligt ist. Ueber die Art seiner Mitwirkung entscheidet dann seine Willensrichtung.)

Andere Kausalitätslehren verneinen die Gleichheit aller Bedingungen. Sie kennen Bedingungen des Erfolgs, denen eine größere Bedeutung zukommt als anderen, die in erster Linie den Erfolg herbeigeführt haben, die Ursachen des Erfolgs sind. Welche Bedingungen aber Ursache sind, ist umstritten. Die verbreitetste Lehre ist die der adäquaten Verursachung. Diese findet den Unterschied zwischen dem Täter und dem Teilnehmer darin, daß sie sagt, die Handlung des Täters sei eine adäquate Bedingung des Erfolgs. Wenn eine Handlung in ihrem typischen Verlauf einen Erfolg herbeiführe, so sei sie Täterhandlung. Wer also durch einen Schuß einen Menschen tötet, hat normalerweise den Erfolg herbeigeführt. Er ist Täter. Wer ihm aber nur die Pistole reichte, ist Teilnehmer, da diese Handreichung den Tod nicht herbeiführen konnte.

Diese Theorie bringt tatsächlich eine Abgrenzung zwischen Täterschaft

[1]) Buri, Ueber Kausalität S. 102: „Die Lehre von der Kausalität ist für die Teilnahme von der entscheidendsten Bedeutung." Ferner Birkmeyer, Teilnahme S. 5, Vergl. Darst. II S. 1.

[2]) Wegner, bei Aschrott-Kohlrausch Reform, S. 105.

und Teilnahme auf objektiver Grundlage. Gegen sie spricht aber, daß sie den Täterbegriff nicht weit genug fassen kann. Man stelle sich eine wohlorganisierte Diebesbande vor, die einen Einbruch inszenieren will und nun jedem ganz genau seine Rolle zuteilt. Das Haupt der Bande hat in weiser Vorsicht nur eine ganz nebensächliche Rolle übernommen: er steht Wache. Soll nun dieser weitaus Gefährlichste der Bande nur als Teilnehmer bestraft werden, weil er keine adäquate Bedingung gesetzt hat, weil seine Handlung normalerweise den Erfolg — die Wegnahme der Sache — nicht herbeiführen konnte? Das wird man nicht behaupten wollen. Die Theorie der adäquaten Verursachung ist auch deshalb unannehmbar, weil sie unter den zum Erfolg mitwirkenden Bedingungen ihrer Kausalität nach scheidet. Entweder ist eine Handlung für den Erfolg ursächlich oder nicht, entweder entfällt der Erfolg, wenn sie nicht vorhanden gewesen wäre, oder nicht. Unter diesen Bedingungen aber nach ihrer Kausalität abzustufen ist unmöglich.[1]) Es mag die eine Bedingung eine größere Wirksamkeit entfaltet haben als die andere, für den Erfolg ist aber jede maßgebend. Jede hat zusammen mit den andern den Erfolg herbeigeführt.

Wir kommen so zu dem Ergebnis, daß keine Kausalitätstheorie eine vollkommene Lösung zu geben imstande ist. Erwähnt soll in diesem Zusammenhang werden die formal objektive Theorie, nach der es darauf ankommt, ob der Beteiligte die Tat „ausführt" oder nicht. Eine eigentliche Kausaltheorie ist sie nicht, da sie auf den ursächlichen Zusammenhang von Handlung und Erfolg nicht in erster Linie abstellt.

§ 2. Die Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe.

Eine ungeheure wissenschaftliche Arbeit ist zur Bewältigung dieses Problems geleistet worden. Es wurde schon dargestellt, daß man Täterschaft und Teilnahme, und speziell auch Mittäterschaft und Beihilfe mit Hilfe der Kausalität unterscheiden will. Es gibt zweifellos Fälle, bei denen diese Theorien zu befriedigenden Ergebnissen gelangen. Einen praktischen Kern enthält jede. Es gibt andererseits aber wieder Fälle, deren Lösung mit Hilfe dieser Theorien ungerecht, praktisch

[1]) So auch Mayer, Allg. Teil S. 389, Hälschner I S. 381. Vergl. Beling, L. v. V. S. 453: „Ohne weiteres ist zuzugeben, daß die Sätze über Kausalität keine Differenzierung zwischen den verschiedenen Beteiligungsformen erheischen. Jeder hat eine Bedingung zum Erfolg gesetzt und ist dadurch Urheber. Es ist klipp und klar anzuerkennen, daß auch derjenige eine Bedingung zum Erfolg setzt, der durch Motivation eines andern die Tat hervorruft."

überhaupt undurchführbar ist. So stellen die subjektiven Theorien lediglich auf die Willensseite ab, da sie objektiv auf Grund der Gleichwertigkeit der Bedingungen eine Unterscheidung nicht herbeizuführen vermögen. Entweder ist bei ihnen das Unterscheidungsmerkmal formal die Art des Vorsatzes, oder materiell der verschiedene Zweck, das Interesse, das der Einzelne an der Tat hat. Die objektiven Theorien dagegen suchen die Abgrenzung nach objektiven Gesichtspunkten vorzunehmen, sei es, daß sie abstellen auf den Unterschied zwischen Ursache und Bedingung, oder aber auf die Vornahme von Tatbestandshandlungen und Nichttatbestandshandlungen. Dazwischen stehen vermittelnde Theorien, die objektive und subjektive Merkmale zur Unterscheidung herbeiziehen.

1. Subjektive Theorien.

a) Dolus-Theorie.

Diese Theorie wurde hauptsächlich in der älteren Literatur vertreten, so von Bauer,[1]) Berner,[2]) der von ihr später allerdings abkam und die Unterscheidung nach objektiven Gesichtspunkten vornahm, Hälschner[3]) und Stooß.[4]) Nach ihnen unterscheidet sich der Mittäter vom Gehilfen „nicht durch die verschiedene Art ihrer Mitwirkung, sondern durch ihre verschiedene Absicht und die hierdurch bestimmte Richtung ihrer Wirksamkeit".[5]) Der Urheber beabsichtige das Verbrechen selbst, der Gehilfe dagegen wolle nur „das von einem andern beabsichtigte Verbrechen durch seine Mitwirkung fördern",[6]) „aber ohne das Verbrechen zu seiner eigenen Angelegenheit zu machen".[7]) Der Zweck, den der Einzelne verfolge, habe auf den formellen Begriff der Urheberschaft keinen Einfluß. So ausdrücklich Berner.[8]) Aehnlich drückt sich Hälschner aus.

b) Interessen-Theorie.

Buri geht bei seiner Unterscheidung zunächst ebenfalls von der Gleichwertigkeit der Bedingungen aus, kommt dann deshalb zum Er-

[1]) Lehrb. 1833, S. 115.
[2]) Teilnahme S. 171, 207.
[3]) Strafrecht S. 368 ff.
[4]) Grundzüge S. 226.
[5]) Bauer, Lehrb. 1833, S. 115; Berner, Teilnahme 1. Aufl. S. 161; Stooß Grundzüge S. 226.
[6]) Bauer a. a. O.
[7]) Berner, Teilnahme S. 207.
[8]) a. a. O. S. 171.

gebnis, daß auf objektivem Weg ein Unterschied nicht getroffen werden könne,[1]) daß dieser vielmehr in der Verschiedenheit, nicht der formellen Absicht, sondern der materiellen Absicht, des Zwecks liege. Der Urheber handle für seinen eigenen Zweck, der Gehilfe für fremden Zweck. Diese Verschiedenheit der materiellen Absicht begründe daher auch eine Verschiedenheit der formellen Absicht. „Wenn nur der eine Teilnehmer am Verbrechen einen eigenen Zweck mit seiner Tätigkeit verfolgt, der andere seinen Zweck lediglich aber darin findet, daß der erstere seinen Zweck erreiche, so hat er sich mit seinem Zweck demselben untergeordnet, sein Wille wird in Ansehung der materiellen Absicht ein unselbständiger und prägt mit Notwendigkeit diese Eigenschaft der Unselbständigkeit nicht allein der verbrecherischen Tätigkeit, als dem Ergebnis dieses unselbständigen Willens, sondern auch der formellen Absicht auf, welche durch die unselbständige verbrecherische Tätigkeit erreicht werden soll."[2])

Buri geht also davon aus, daß der Gehilfe an der Tat ein unselbständiges Interesse habe, aus dem sich die Unselbständigkeit seiner formellen Absicht ergebe. Dieses Unterscheidungsmerkmal gibt Buri aber wieder auf, wenn er sagt, der Gehilfe könne auch „ein eigenes Interesse an der Herbeiführung des Erfolgs besitzen, wenn nur nicht hierdurch das sich Unterordnen seines Willens unter das Nichtwollen des Urhebers in Wegfall kommt."[3]) Die Interessentheorie gibt Buri später überhaupt ganz auf. Für ihn besteht „das Kriterium des Unterschieds zwischen Täterschaft und Beihilfe in der Abhängigkeit des beihelfenden Willens von dem des Urhebers und nicht darin, ob ein eigenes oder fremdes Interesse vorliegt."[4]) Er führt dies näher dahin aus, daß „der Gehilfe das Verbrechen nur will, wenn es von dem Urheber gewollt sein sollte und es ebenso nicht will, für den Fall es der Urheber nicht wollen sollte. Der Wille des Gehilfen ist also nur ein eventueller."[5]) „Erst von dem Zeitpunkt an, zu dem der Urheber sich entschließt, die vom Gehilfen ausgegangene, ihm zur Disposition gestellte Tätigkeit für das von ihm beabsichtigte Verbrechen zu verwenden, will auch der Gehilfe mit Bestimmtheit dieses Ver-

[1]) Ueber Kausalität 1873, S. 39.
[2]) Teilnahme 1860, S. 5.
[3]) Ueber Kausalität 1873, S. 127.
[4]) Z. St. W. 2, S. 261.
[5]) Ger. S. 19, S. 279.

brechen und haftet aus diesem Grunde auch für das Verbrechen in seinem ganzen Umfang, wenn nunmehr durch die Tätigkeit des Urhebers seine eigene Tätigkeit in den Erfolg übertragen, zu einer mitwirkenden Ursache für denselben geworden ist. Darum aber, weil es der Gehilfe von der Unterscheidung des Urhebers abhängig macht, ob er seinen Willen in den Erfolg übertragen will oder nicht, mithin das Existentwerden des Verbrechens vom Willen des Urhebers abhängt, übt dieser die Herrschaft über den ihm untergebenen beihelfenden Willen aus, dieser letztere hingegen erscheint als der bestimmte und untergeordnete.") Dieser eventuelle dolus des Gehilfen sei aber nicht gleich einem urheberischen eventuellen dolus. Daher verhalte sich die Strafbarkeit des Gehilfen zu der des Urhebers nicht „wie die Strafbarkeit des dolus eventualis zu derjenigen des dolus directus. Auch als eventueller dolus behält der urheberische Wille seinen Charakter als herrschenden bei."[2]) Der Gehilfe wirkt also nur für den Fall mit, daß über ihm ein beherrschender Wille steht. Sein Wille ist insofern ein eventueller, während der dolus eventualis des Urhebers den Erfolg von anderen Ereignissen abhängig macht.

Auf einem ähnlichen Standpunkt befindet sich die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Für es ist das Kriterium der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe in der Verschiedenheit des Verschuldens gelagert. Der Täter handelt mit animus auctoris, der Gehilfe mit animus socii, der Täter will die Tat als eigene, der Gehilfe will sie als fremde. Der Gehilfe kann demnach auch eine Ausführungshandlung begehen, während der Mittäter sie nicht zu begehen braucht.[3]) Es wäre nach dieser Lehre auch genügend, wenn der Mittäter lediglich eine Vorbereitungshandlung begehen würde. Ja das Reichsgericht ging sogar soweit, lediglich die bloße Anwesenheit bei der Ausführung genügen zu lassen.[4]) An anderer Stelle verlangt es aber wieder eine Mitwirkung bei der Ausführung,[5]) wobei allerdings unter Ausführung nicht dasselbe wie in § 43 verstanden wird. Der Ausdruck wird hier weiter gefaßt. In manchen Entscheidungen dagegen verlangte das

[1]) Ger. S. 19, S. 279; so auch Ger. S. 22, S. 23 und 37, Z. St. W. 2, S. 258 ff.
[2]) Ger. S. 19, S. 279.
[3]) RG. 54, S 271; 57 S. 308; 58 S. 279.
[4]) RG. 26, S. 352.
[5]) RG. 15, S. 23; 15 S. 297; 35 S. 17; 37 S. 58; 56 S. 329; 57 S. 145.

Reichsgericht eine Mitwirkung bei der Ausführung im Gegensatz zur bloßen Vorbereitungshandlung.[1])

Man sieht, daß das Reichsgericht sich nicht extrem auf den subjektiven Standpunkt stellt, sondern daß es auch objektiv unterscheiden will. Allerdings ist diese objektive Unterscheidung nicht einheitlich durchgeführt. Das Kriterium sieht aber das Reichsgericht vor allem im Unterschied des animus auctoris und des animus socii.[2]) Es ist Birkmeyer durchaus recht zu geben, wenn er sagt, diese Ansicht des Reichsgerichts sei in Wirklichkeit nichts anderes als die Interessen-Theorie, denn die Tat als eigene oder fremde wollen, bedeute nur die Verfolgung eines eigenen oder fremden Interesses.[3])

Gegen die subjektiven Theorien wurde heftig Sturm gelaufen. Ueberwiegend findet man gegen sie den Einwand, wenn alle Bedingungen gleich seien, jeder also eine Ursache setze, müsse doch auch der Wille jedes am Verbrechen Beteiligten auf die Setzung einer Ursache gerichtet sein. Jeder Wille sei also gleich gerichtet. Jeder habe Urheberwillen. Einen Unterschied unter ihnen zu konstruieren sei ausgeschlossen.[4]) Dieser Einwand ist aber nicht durchschlagend. Aus der Gleichheit der Verursachung folgt nicht die Gleichheit des Verschuldens. Beide Fragen sind voneinander vollkommen unabhängig.[5]) Die subjektive Theorie scheitert aber daran, daß der Gehilfe bei den Sonderverbrechen keine Ursache setzen kann, wenn er nicht zum Kreis der Innenstehenden gehört.[6]) Weitere Bedenken gegen die subjektive Theorie bestehen darin, daß man den objektiven Boden verläßt und den Schwerpunkt der Unterscheidung in das Innere des Menschen verlegt. Wie soll man aber zu einer sicheren Entscheidung gelangen, wenn man von äußerem Geschehen auf innere Vorgänge schließt, wenn man daher nur auf Vermutungen angewiesen ist, ob einer animo

---

[1]) RG. 14 S. 29.

[2]) RG. 3 S. 185; 9 S. 77; 14 S. 28; 26 S. 345; 37 S. 58; 39 S. 193; 53 S. 138; 54 S. 248; 56 S. 330; 57 S. 145; 58 S. 94.

[3]) Vergl. Darst. II S. 56 f.

[4]) Binding, Ger. S. 78, S. 27, Strafr. Abh. S. 307, Birkmeyer Vergl. Darst. II S. 142 Anm. 1, Nagler, Teiln. S. 120.

[5]) Frank, S. 13, Olshausen, Vorbem. zum III. Abschn. N. 1, Träger, Kausalbegriff S. 10.

[6]) Binding Strafr. Abh. S. 269, Ger. S. 71, S. 6.

auctoris oder animo socii gehandelt hat. Denn mit Sicherheit läßt sich ein innerer Vorgang nicht feststellen.[1])

Auch die Abstellung auf das eigene oder fremde Interesse führt nicht zum Ziel. Kann denn nicht gerade der Gehilfe das größte Interesse an der Herbeiführung des Erfolgs haben?[2]) Es ist durchaus irrig, wenn nur der Täter ein eigenes Interesse an der Tat haben soll.[3]) Vielmehr handelt jeder Beteiligte in eigenem Interesse, weil er sich irgend etwas vom Erfolg erhofft. Die Unterscheidung nach eigenem oder fremdem Interesse bedeutet auch eine Verwechslung des Vorsatzes mit dem Motiv, das zum Verbrechen getrieben hat.[4]) Wenn A seinen Rivalen B erschießt, so ist sein Vorsatz auf die Tötung des B gerichtet, während das Motiv, der Beweggrund zur Tat, die Beseitigung des B als eines gefährlichen Konkurrenten ist. Man sieht, daß Vorsatz und Beweggrund sehr verschieden sind. Dieses Motiv ist aber bei der strafrechtlichen Beurteilung nicht zu berücksichtigen, weil nur der in die Wirklichkeit umgesetzte Vorsatz bestraft wird.

Ein weiteres Argument gegen die subjektive Theorie ist, daß der animo socii Handelnde den ganzen Verbrechenstatbestand setzen kann, ein anderer aber als Täter bestraft wird, wenn er animo auctoris eine ganz geringfügige Vorbereitungshandlung vornimmt. Was diesen letzteren anbetrifft, so ist es unmöglich, ihn wegen seiner Absicht als Täter zu bestrafen.[5]) Eine Gesinnungsstrafe kennt das Strafrecht nicht.

[1]) Schmidt, Grundriß S. 147: „Der Gegensatz von Täter- und Gehilfendolus bietet für die gerichtliche Prüfung keinen festen Anhalt und macht in Massen von Fällen als eine vage, willkürlich gehandhabte Redensart die Entscheidung zum Spiel des Zufalls." Gerland, Kritische Bem. zu E. 19 S. 30 hält die subjektive Theorie für undurchführbar. Denn wenn es nur auf die Willensrichtung und nicht auch auf die objektive Seite ankomme, dann bestehen immer die Schwierigkeiten, innere Vorgänge nachzuweisen. Entweder komme man zu ganz unbilligen Ergebnissen oder aber werde man gezwungen, den Beweis aus äußeren objektiven Kriterien mehr oder weniger gewaltsam zu führen, womit man de facto die subjektive Theorie aufgebe.

[2]) Binding, Strafr. Abh. S. 307.

[3]) Hoegel Z. St. W. 37 S. 651, Bar, Gesetz und Schuld II S. 600: „Jeder Teilnehmer handelt im Grund in eigener Absicht, niemand kann das eigene Tun als ein fremdes ansehen. Ebenso unrichtig ist es zu sagen, der Täter verfolge eigene, der Gehilfe fremde Interessen oder Zwecke, denn jeder verfolgt bei jeder Handlung seine eigenen Zwecke, handelt aus eigenen Motiven und daran ändert es nichts, daß damit auch dem Interesse anderer gedient sein soll." Beling Z. St. W. 28 S. 595 führt an, der Anstifter sei regelmäßig Tatinteressent, die Seele des Unternehmens. § 48 werde somit aus den Angeln gehoben, denn es seien 2 Täter vorhanden, wenn auch der Anstifter im eigenen Interesse handle.

[4]) Kern Ger. S. 92, S. 152.

[5]) Coenders S. 258.

Jeder wird nach dem bestraft, was er getan hat. Wer aber animo socii den ganzen Verbrechenstatbestand setzte, müßte folgerichtig nach der subjektiven Theorie Gehilfe sein. Dieser höchst ungerechten Folgerung suchen aber die Vertreter der subjektiven Theorie dadurch aus dem Wege zu gehen, daß sie sagen, er sei gar nicht Gehilfe, weil er keine beihelfende Absicht gehabt haben könne.[1]) Sein vom Willen des Urhebers abhängiger Wille werde zum Wegfall gebracht, wenn er allein das Verbrechen begehe. Sein Wille sei ein selbständiger geworden, er sei deshalb Täter.[2]) Das bedeutet aber nichts anderes als ein Umschwenken zur objektiven Theorie.[3]) Denn hier tritt die Willensseite hinter der objektiven Seite zurück. Aus der objektiven Seite folgt also die Willensrichtung. Jene wird das Merkmal für die Bestrafung als Täter.[4])

2. Objektive Theorien.

Die objektiven Theorien sind nicht in den Fehler verfallen, Mittäter und Gehilfen lediglich nach ihrer Willensrichtung zu unterscheiden. Sie begeben sich auf den sichereren Boden des Objektivismus, von dem aus sie zu brauchbareren Ergebnissen gelangen.

a) Die Vertreter der formal objektiven Theorie gehen davon aus, daß, wer eine Tatbestandshandlung vollziehe, Täter, und wer keine begehe, Gehilfe sei.[5])

Nach Beling ist zu fragen, welcher Tatbestand in den einzelnen Gesetzesbestimmungen verboten werde. Wer diesen Tatbestand verwirkliche, begehe die Ausführungshandlung, sei somit Täter, wer aber lediglich eine Vorbereitungs- oder eine Nebenhandlung für die Ausführungshandlung eines andern vornehme, sei Gehilfe. Denn diese seien nur begleitende Mitursachensetzung.

Auch Liszt sieht im Täter denjenigen, der die Ausführungshand-

---

[1]) Buri, Teilnahme S. 7.

[2]) Buri, Z.St.W. 2 S. 261, Nagler, Teilnahme S. 124 ff.

[3]) Liepmann, Reform S. 58.

[4]) Tjaben, Goltd. A. 42 S. 220: „Allein mit der Annahme, daß der Gehilfe die Haupthandlung nicht dürfe begehen wollen, war . . . der subjektiven Theorie die Spitze abgebrochen; denn gäbe es gewisse Handlungen, die notwendig den animus des Urhebers involvieren, so müsse doch wohl in der objektiven Beschaffenheit dieser Handlungen ein Moment liegen, durch welches die der Beihilfe eigentümliche Willensrichtung ausgeschlossen werde. Die Unhaltbarkeit der subjektiven Theorie war damit erwiesen . . ."

[5]) Beling, L. v. V. S. 397 ff., Finger Lehrb. I S. 335, Frank S. 110, Liszt, Lehrb. S. 222, Merkel S. 137, Wachenfeld, Lehrb. S. 187; Z.St.W. 40 S. 149, Allfeld, Lehrb. S. 216; Hoegel Z.St.W. 37, S. 665; Mayer, Allg. Teil S. 403.

lung begeht, wobei er von der Gleichwertigkeit der Bedingungen ausgeht. Ebenso ist nach Frank Täter, wer die Tatbestandshandlung ausführt. Jeder Mittäter müsse eine Ausführungshandlung begehen.[1]) Er setze eine Ursache, die physisch vermittelt sei, der Teilnehmer dagegen eine psychisch vermittelte Bedingung. Er setzt die Ausführungshandlung aber in Gegensatz zu der bloßen Vorbereitungshandlung, faßt sie also enger als Beling und Liszt.[2])

Es wird nicht bestritten, daß die formal objektive Theorie zu praktischen Ergebnissen gelangt. Aber dies nur für eine beschränkte Zahl von Fällen.[3]) Für die Tätigkeitsdelikte ist diese Lehre ohne weiteres anwendbar. Wer die verbotene Tätigkeit begeht, ist Täter, wer das nicht tut, beim Delikt aber doch mitwirkt, ist Gehilfe. Schwierigkeiten treten aber ein, wenn man nach dem Tatbestand bei den Erfolgsdelikten fragt. Dieser Begriff ist oft gar nicht leicht festzustellen. Was ist Tatbestandshandlung, wenn § 211 St.G.B. die Tötung eines Menschen verbietet? Soll Tatbestandshandlung bloß sein der den Tod unmittelbar herbeiführende Messerstich oder auch das gewaltsame Festhalten des wild um sein Leben kämpfenden Opfers? Den Festhaltenden kann die ungleich größere Schuld treffen als denjenigen, der dem Opfer den tödlichen Stich beibringt. Mit Recht wirft man weiter den Vertretern der formal objektiven Theorie vor, daß ihre Unterscheidung sich allzu eng an den Wortlaut der Strafbestimmungen klammere. Eine eindeutige Auslegung ergibt sich aus dem Wortlaut allein nicht. Der Wortlaut wird immer mehrere Deutungen zulassen, kann also als Unterscheidungsmerkmal nicht beigezogen werden. Auch die Vertreter, die die Ausführungshandlung im Sinn des § 43 St. G.B. verstehen, können ein brauchbares Ergebnis nicht liefern. Denn hier erhebt sich sofort die Frage nach der Unterscheidung von Ausführungs- und Vorbereitungshandlungen. Und der Streit um diese Abgrenzung wird nicht weniger erbittert geführt, als der um den Unterschied von Mittäterschaft und Beihilfe.[4]) Auch bei jener Frage stehen sich objektive und subjektive Theorien gegenüber.

[1]) S. 110.

[2]) So auch Allfeld, Lehrbuch S. 216.

[3]) Birkmeyer, Vergl. Darst. II S. 143 gibt zu, daß die streng durchgeführte objektive Theorie zu manchen Bedenken führe; manchmal müsse als Gehilfe bestraft werden, wenn das Rechtsgefühl Bestrafung als Mittäter verlange.

[4]) Hoegel, a. a. O. S. 665 gibt zu, daß praktische Schwierigkeiten entstehen über den Begriff der Ausführung. S. auch Klee Goltd. A. 67, S. 93, Kohler, Studien I S. 94: „Eine abstrakte Unterscheidung von Tatbestandshandlungen und Nichttatbestandshandlungen gibt es nicht."

Ein wichtiges Bedenken gegen die formal objektive Theorie ist aber, daß sie nicht beweisen kann, weshalb der mittelbare Täter als Täter anzusprechen ist; der mittelbare Täter begeht keine Ausführungshandlung, er veranlaßt nur z. B. einen Geisteskranken die Handlung für ihn vorzunehmen. Er begeht also nur eine Vorbereitungshandlung, und trotzdem soll er Täter sein. Man wird diese Tätigkeit aber nicht als Ausführung ansehen können, mag man diesen Begriff fassen soweit man will.[1]) Aehnlich ist es bei den Absichtsdelikten, wenn der unmittelbar Handelnde ohne die erforderliche Absicht z. B. eine Sache wegnimmt.[2])

Speziell gegen Frank ist noch einzuwenden, daß es auch Täter gibt, die nicht physisch, sondern psychisch kausieren. So wenn der mittelbare Täter einen Geisteskranken die Handlung für sich vornehmen läßt.[3])

b) Die materiell objektiven Theorien nehmen zum Ausgangspunkt die verschiedene kausale Bedeutung der einzelnen Beteiligten zum Erfolg. So hat schon Feuerbach[4]) betont, wer eine „hinreichende Ursache" zum Erfolg setze, sei Urheber. Als mittelbarer Urheber solle auch der Hauptgehilfe gelten, ohne dessen Mitwirkung es nicht zum Erfolg gekommen wäre. Nur wer die Tat befördere und erleichtere, sei Gehilfe; er setze eine Nebenursache. Eine einzige Bedingung reicht zum Erfolg aber nicht aus. Ihn kann nur der Gesamtheit aller Bedingungen herbeiführen.[5])

Eine größere Bedeutung kommt der Theorie Birkmeyers zu. Die verschieden große Wirksamkeit der Bedingungen nimmt er zum Ausgangspunkt für die Abgrenzung. Täter ist für ihn, wer die wirksamste Bedingung zum Erfolg setzt. Die Handlung, welche die wirksamste Bedingung für den Erfolg ist, sei die Ausführungshandlung, die den verbrecherischen Erfolg herbeiführe. Diese aber sei nichts anderes als die gesetzliche Tatbestandshandlung des konkreten Verbrechens.[6]) Wer eine andere Bedingung als die wirksamste setze, sei Gehilfe.

[1]) Siehe auch dazu Buri Z.St.W. 2, S. 275. Er führt aus, daß man keine Begründung dafür geben kann, weshalb bei Unzurechnungsfähigkeit des Angestifteten die psychische Tätigkeit des Anstifters zu einer physischen, also zur Tätigkeit eines Täters werde. Ferner Zimmerl Z.St.W. 49, S. 47.

[2]) Frank S. 106 lehnt vom objektiven Standpunkt aus die Erweiterung der mittelbaren Täterschaft durch den Begriff des dolosen Werkzeuges ab. Der mittelbare Täter führt nicht aus. Dies tut der Gehilfe, welcher Täter nicht sein kann, weil ihm die erforderliche Absicht fehlt.

[3]) Beling Z. St. W. 28, S. 597, s. a. Mayer, Allgem. Teil S. 388. Anm. 8.

[4]) Lehrb. 1828, § 44. [5]) Perten S. 13. [6]) Teiln. S. 95 ff.

Es ist Birkmeyer zuzugeben, daß die für den Erfolg notwendigen Handlungen eine verschieden große Wirksamkeit in Bezug auf den Erfolg entfalten können. Dieser Unterschied in der Wirksamkeit besteht aber nur in der Verschiedenheit der „Energiegröße".[1]) Wenn auf einen Menschen der eine schießt, der andere sticht, so hat zweifellos der Schütze die wirksamere Bedingung zum Erfolg, dem Tod des Menschen gesetzt, wenn er ihn ins Herz trifft, als der Messerheld, der das Opfer in den Arm sticht. Soll aber deshalb der Messerheld nur als Gehilfe bestraft werden? Gewöhnlich sind im täglichen Leben die Fälle aber nicht so einfach gelagert, daß man sagen kann, dieser hat die wirksamste Bedingung gesetzt und jener eine weniger wirksame. Wegen der Unsicherheit der Feststellung der wirksamsten Bedingung läßt sich diese Unterscheidung überhaupt nicht durchführen.[2])

Birkmeyer setzt die Ausführungshandlung gleich den in den einzelnen Strafbestimmungen aufgeführten Tatbestandshandlungen. Eine solche darf der Gehilfe nicht begehen, denn sonst würde er die wirksamste Bedingung setzen. Im Endergebnis ist das aber nichts anderes als eine formal objektive Theorie: der Täter begeht eine Ausführungshandlung = Tatbestandshandlung, der Gehilfe eine Vorbereitungshandlung.[3])

3. Zwischen der objektiven und der subjektiven Theorie wollen andere vermitteln. Sie wollen sich nicht extrem auf die objektive oder subjektive Seite verlegen. Sie wollen beide Momente für ihre Unterscheidung benutzen.

Tjaben[4]) hält es mit Buri für richtig, daß alle Bedingungen für die Herbeiführung des Erfolgs von Notwendigkeit sind, da beim Fehlen einer Bedingung der Erfolg entfiele. Einen Unterschied findet er unter ihnen aber insofern, als es Bedingungen gebe, die das Verbrechen verursachen und solche, die es nur begünstigen. Der Urheber

[1]) Träger, Kausalbegriff S. 91: „In den Fällen, wo neben der Kausalität auch Verschulden verlangt wird, ist die Energiegröße der einzelnen Bedingungen, die Arbeitsleistung, die sie im techn. Sinn darstellt, völlig bedeutungslos für die Frage, ob der die Bedingung Setzende als Täter verantwortlich zu machen sei oder nicht."

[2]) Träger, a. a. O. S. 94: „Die Anwendung der Birkmeyer'schen Theorie verbietet sich von selbst schon deshalb, weil es dem mit Vernunft begabten Menschen ein Leichtes ist, jegliches Verbrechen zu begehen, ohne gerade die wirksamste oder auch nur die wirksamere Bedingung zum Verbrechenserfolge zu setzen." Mezger D. Str. Z. 1921, S. 205.

[3]) Perten S. 20.

[4]) Goltd. A. 42, S. 224.

verursache das Verbrechen, indem er es ausführe durch Vornahme der vom Gesetz im Tatbestand dieses Verbrechens als strafbar bezeichneten Handlung. Alle anderen Handlungen seien Vorbereitungshandlungen, die außerhalb des gesetzlichen Tatbestandes liegen und von dem Gehilfen vorgenommen werden.[1]) Der Urheber setze die Haupturſache, der Gehilfe eine Nebenursache. Die Ausführungshandlung könne der Gehilfe nicht vornehmen, da er sonst Urheber werde, denn dann wolle er die Tat auch begehen, könne also keinen Gehilfenwillen, der sich ja nur auf Begehung einer außertatbestandsmäßigen Handlung richte, haben. Tjaben meint dann weiter, daß jemand animo auctoris handeln könne, ohne gerade eine Tatbestandshandlung zu begehen. Dieser „unvollkommene Miturheber" unterscheide sich vom Gehilfen aber dadurch, daß er jederzeit bereit wäre, die Tatbestandshandlung zu begehen, wenn es nicht zu viele Miturheber wären.[2]) „Denn aus dem Inhalt des Plans, der Art der Rollenverteilung, sowie der Anwesenheit bei der Tat und der jener Rollenverteilung entsprechenden Tätigkeit ist unschwer zu erkennen, mit welcher Absicht der Teilnehmer zu Werk gegangen ist." [3]) Den unvollkommenen Miturheber treffe die volle Urheberstrafe.

Tjabens Lehre erledigt sich damit, daß sie mit der Schwierigkeit der Abgrenzung von Ausführungs- und Vorbereitungshandlungen zu kämpfen hat, dann weiter aber, daß sie im Fall der Bestrafung des unvollkommenen Miturhebers gegen einen fundamentalen Satz des Strafrechts verstößt, nämlich daß man jemand nur für das bestraft, was er getan hat und nicht, was er im Sinne hatte. Weiter aber krankt seine Lehre daran, daß sich eben nicht mit Sicherheit feststellen läßt, ob einer animo auctoris handelt. Letzten Endes könnte man ja nur aus den Umständen schließen, mit welchem Vorsatz einer handelte, aus Zweifelsfällen käme man also nicht heraus.

Auch Bar verbindet objektive und subjektive Gesichtspunkte.[4]) Wer an der Ausführungshandlung selbst nicht beteiligt sei, sei stets Gehilfe.[5]) Andererseits könne auch jemand nur Beihilfe leisten, wenn er

---

[1]) a. a. O. S. 221, 225. [2]) a. a. O. S. 226 f. [3]) a. a. O. S. 228.

[4]) Gesetz und Schuld II, S. 602 ff.

[5]) a. a. O. S. 506: „Zum Begriff der Ausführung ist nicht zu verlangen, daß die Versuchshandlung bereits einen Bestandteil des gesetzlichen Tatbestands enthalte."

eine Ausführungshandlung begehe und dabei absichtlich nur in untergeordneter Weise mitwirke.[1]) „Der Handelnde ist also nur Gehilfe, wenn er, obschon unmittelbar an der Ausführung teilnehmend, das Maß, was der Gehilfe nach jener freien moralischen Beurteilung leisten darf, nicht überschreitet."[2]) Bar will jeden Beitrag, den einer zum Erfolg leistet, frei moralisch gewürdigt wissen, wobei man aber zu berücksichtigen habe, ob es beim Fehlen dieser Mitwirkung zum Erfolg gekommen wäre oder nicht. Er bringt die alte Unterscheidung von Haupt- und Nebengehilfen wieder zur Anerkennung.[3]) Ersterer solle mit der Täterstrafe belegt werden. Der Gehilfe wolle das Verbrechen nur, wenn ein anderer die Vollendung übernehme. Wer sie nie vornehmen wolle, mache seine Tätigkeit von der des Täters abhängig. Die Absicht aber, eventuell zu tun, was der Täter tut, mache zum Mittäter.[4])

Die „freie moralische Würdigung" des Tatbeitrags unter Berücksichtigung, ob eine Handlung ohne ihn zustande gekommen wäre, ist eine so unsichere, daß darauf nicht aufgebaut werden kann. Wie soll ein Richter bloß entscheiden können, ob ein Erfolg ohne eine Mitwirkung eines Gehilfen zustande gekommen wäre oder nicht. Schließlich ist gegen die Bestrafung dessen als Mittäter, der nur eventuell die Absicht hat, eine Ausführungshandlung vorzunehmen, dasselbe einzuwenden wie gegen die Bestrafung des unvollkommenen Miturhebers von Tjaben.

Der Vollständigkeit halber soll noch Kohler angeführt werden.[5]) Der Unterschied von Mittäterschaft und Beihilfe ist für ihn kein qualitativer, sondern nur ein intensiver. Der Gehilfe sei ein untergeordneter Mittäter, den man vom echten Mittäter nur deshalb unterscheide, weil er milder bestraft werden müsse. Die Handlung des Gehilfen sei dementsprechend auch eine untergeordnete. Wann dies der Fall sei, habe man nach objektiven und subjektiven Gesichtspunkten zu unterscheiden. Es könne allerdings ein und dieselbe Handlung Mittäterschaft oder Beihilfe sein. Im übrigen hält er an dem Unterschied von Ursache und Bedingung fest. Der Urheber setze eine causa, die die Exi-

[1]) a. a. O. S. 604, vergl. auch Coenders S. 259 ff.
[2]) a. a. O. S. 605.
[3]) a. a. O. S. 602/3.
[4]) a. a. O. S. 607.
[5]) Studien I S. 96 f., Goltd. A. 58, S. 15 ff.

stenz errege, d. h. die für die Art des Werdens entscheidend sei.[1]) Mit dieser Unterscheidung ist aber nicht viel anzufangen.[2]) Wenn Täter und Gehilfe qualitativ dasselbe tun, der eine nur weniger, der andere mehr, so rechtfertigt dies nicht, einen Unterschied zwischen beiden zu machen. Bei der Strafzumessung lediglich hätte sich die geringere Beteiligung auszudrücken. Die Urheberschaft auf Grund seiner Kausaltheorie läßt sich nicht feststellen. Es kann im Einzelfall nicht entschieden werden, ob eine Bedingung die Existenz erregt.

4. Die verschiedenen ergebnislosen Versuche der objektiven und subjektiven Theorien, eine Unterscheidung von Mittäterschaft und Beihilfe zu ermöglichen, veranlaßten verschiedene Schriftsteller die Unterscheidung überhaupt aufzugeben.

Getz betrachtet jeden Mitwirkenden am Verbrechen als Täter, da alle Bedingungen zum Erfolg gleichwertig sind. Auch subjektiv liege bei allen dieselbe Willensrichtung vor, da der Vorsatz eines jeden auf den Erfolg gerichtet ist. Jeder ist also Täter. Eine Regelung der Teilnahme ist infolgdessen überflüssig.[3]) Andere lehnen die Beibehaltung der Beihilfe ab, weil sichere Merkmale infolge der Mannigfaltigkeit des täglichen Lebens für die Unterscheidung von Mittäterschaft und Beihilfe nicht aufgestellt werden können, jede Unterscheidung von vornherein schon zur Aussichtslosigkeit verdammt sei. Sie wollen damit aber nicht festgestellt haben, daß alle Beteiligten gleich zu strafen sind. Sie verkennen nicht, daß es Fälle geben kann, wo die Strafe eines Beteiligten unter der Mindeststrafe des Alleintäters anzusetzen sei.[4])

Dies soll dadurch ermöglicht werden, daß man es dem Richter zu entscheiden überläßt, wann dies angemessen sei.[5]) Diese Ansicht hat denn auch im norwegischen Strafgesetzbuch ihren Niederschlag gefunden.

---

[1]) Studien I S. 83, s. auch Goltd. A. a. a. O.

[2]) Träger, Kausalbegriff S. 99: „Seine Theorie scheitert an der Undurchführbarkeit ihres Unterscheidungsprinzips.

[3]) Mitt. der J. K. V. V, S. 348 f.

[4]) Foinitsky Z. St. W. 12, S. 81, Lilienthal Z. St. W. 15 S. 287, Kitzinger, Jur. W. 1922 S. 979 ff., Lang, Jur.W. 1928, S. 2184, Träger, Jur. W. 1922, S. 978.

[5]) Träger a. a. O., Lilienthal a. a. O., Lang a. a. O. Hagerup Z. St. W. 29, S. 629. Hoegel Z. St. W. 37, S. 666, Getz, Mitt. J. K. V. V, S. 355, Harburger, Mitt. der J. K. V. XI, S. 512 f.

Die Darstellung der verschiedenen Theorien hat gezeigt, daß es keiner gelungen ist, eine der Vielfältigkeit des Lebens gerecht werdende Unterscheidung zu bringen.[1]) Wenn sie brauchbare Ergebnisse mit sich brachten, dann immer nur für einen beschränkten Kreis von Fällen. Die Theorien scheitern daran, daß sie entweder sich lediglich auf den Wortlaut des Gesetzes stützen oder unbestimmbare, im Seelenleben gelagerte Unterscheidungsmerkmale beizogen, die nichts als „vage, willkürlich gehandhabte Redensarten“ [2]) sind. Sie sind im Irrtum, wenn sie glauben, Mittäterhandlung und Gehilfenhandlung genau abgrenzen zu können.[3]) Was beide tun, ist objektiv dasselbe in lediglich verschieden starker Wirksamkeit.

Deshalb erscheint die Forderung, die Beihilfe in der Täterschaft aufgehen zu lassen, als die richtige Lösung.[4]) Für die untergeordnete Beteiligung wird eine Herabsetzung der Strafe zugelassen. Wer einsieht, daß die verschiedenen Theorien befriedigende Ergebnisse nicht gezeitigt haben, sollte sich dann auch der Erkenntnis nicht verschließen, daß dieser Weg der gangbarste ist.[5]) Kitzinger hat nicht so unrecht, wenn ihm „alle jenen Unterscheidungen zwischen unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft, Mittäterschaft, Mehr- und Nebentäterschaft und Beihilfe als Begriffsjurisprudenz im eigentlichsten und übelsten Sinn des Wortes scheinen, d. h. als Unterscheidungen nach subtilen, dogmatisch wie praktisch gleich schwer zu handhabenden Begriffen, denen für gesunde und gerechte Würdigung tatsächliche Wertverschiedenheiten nicht entsprechen.“ Für das Strafgesetz begründe es keinen Unterschied, ob jemand eine (vollendete) strafbare Handlung (oder strafbaren Versuch) allein oder mit anderen begangen, anderen hierzu geholfen oder hierzu bestimmt habe.

---

[1]) Lilienthal a. a. O.

[2]) Schmidt, Grundriß S. 147.

[3]) Stooß, Grundzüge S. 227 erklärt, die Unterscheidung von Mittäterschaft und Beihilfe sei „äußerlich und schwer durchführbar.“ S. a. Träger, Jur. W. 1922, S. 977.

[4]) Allfeld, Lehrbuch S. 204 Anm. 5, meint, „eine gewisse Berechtigung kann dem Bestreben, Beihilfe und Mittäterschaft gleich zu behandeln, bei der Unsicherheit ihrer Abgrenzung nicht abgesprochen werden.“

[5]) Birkmeyer, Vergl. Darst. II S. 150 gibt zu, daß die Unterscheidung von Mittäterschaft und Beihilfe im Stadium der Ausführung schwer sei. Um ungerechten Ergebnissen zu entgehen, solle der Gehilfe bei der Ausführung als Täter bestraft werden. Diese Maßnahme würde aber nicht viel nützen, da nicht einwandfrei festzustellen ist, was Ausführungs- und was Vorbereitungshandlung ist. S. dazu Hagerup Z. St. W. 29, S. 629.

Mayer meint, es bedeute diese radikale Regelung eine „Bankerotterklärung" der Wissenschaft.[1]) Es ist zwar richtig, daß die ungeheure Arbeit, die auf diesem Gebiet geleistet wurde, lediglich vorgenommen worden ist, um darzutun, daß eine Unterscheidung von Mittäterschaft und Beihilfe nicht möglich ist. Aber hinter der Möglichkeit einer praktischen Regelung haben Theorien mit unbefriedigenden Ergebnissen zurückzutreten.

Man hat gegen diesen Vorschlag weiter geltend gemacht, man könne den Gehilfen nicht der gleich schweren Strafe wie den Täter unterstellen und verweist in diesem Zusammenhang auf die regelmäßig geringere Schuld des Gehilfen. Im Allgemeinen wird dies auch zutreffen. Es wird dabei aber übersehen, daß schon de lege lata die Obergrenze der Gehilfenstrafe der Täterstrafe ziemlich nahe kommt. Die Gehilfenstrafe soll nach § 49 Abs. 2 St.G.B. milder sein, als die Täterstrafe. Man findet die Obergrenze dadurch, daß man bei der Gehilfenstrafe entsprechend wie bei der Strafe des Versuchs die Täterstrafe um eine Strafeinheit kürzt, bei Gefängnisstrafe also um einen Tag, bei Zuchthaus um einen Monat. Ist bei Diebstahl Gefängnis schlechtweg angedroht, so kann der Täter mit Gefängnis bis zu 5 Jahren bestraft werden, der Gehilfe dagegen mit Gefängnis bis zu 5 Jahren weniger einen Tag. Die Gleichstellung der Gehilfenstrafe mit der Täterstrafe rechtfertigt aber der Umstand, daß es Fälle geben kann, bei denen die Schuld des Gehilfen weit größer ist, als die des Täters. Hier eine gerechte Bestrafung zu ermöglichen, soll die Gleichstellung der Gehilfenstrafe mit der Täterstrafe bezwecken. In all den andern Fällen, in denen die Schuld des Gehilfen geringer ist, soll dem Richter die Möglichkeit gegeben werden, die Strafe zu mildern. Ihm soll es überlassen bleiben, die verschiedenen Schuldgrade bei der Strafzumessung entsprechend zu berücksichtigen.[2])

Hierin aber eine Gefahr des Mißbrauchs gesteigerter Ermessensfreiheit des Richters zu erblicken,[3]) ist ungerecht.[4]) Die Ermessens-

[1]) Lehrbuch S. 400.

[2]) Hoegel, Z.St.W. 37, S. 666, Lilienthal Z.St.W. 15, S. 287, Getz, Mitt. der J. K. V. V, S. 355, Hagerup, Z. St. W. 29, S. 629, Harburger, Mitt. der J.K.V. XI, S. 512 ff., Liszt, Lehrbuch S. 214. Vergl. dazu Mayer bei Aschrott-Liszt I S. 364, Wegner bei Aschrott-Kohlrausch Reform, S. 109.

[3]) Birkmeyer, Vergl. Darst. II S. 9, 139 f. Dazu auch Schmidt, Grundriß Anhang S. 22, Kern, Ger. S. 92, S. 155.

[4]) Dagegen Oborniker, Justiz 1927, S. 581 f.

freiheit des Richters wird, wie gezeigt wurde, nach geltendem Recht nicht viel größer, da sich der Strafrahmen nur um ein geringes nach oben verschiebt.

Hergt bringt gegen diese Regelung vor, man müsse die Strafbestimmungen umständlicher fassen, wenn man sie jetzt auch auf den bisherigen Gehilfen beziehen wolle, da sie seither nur auf den Alleintäter zugeschnitten seien[1]). Dies ließe sich aber dadurch umgehen, daß man eine allgemeine Bestimmung des Inhalts aufnimmt, daß jeder unter die Strafdrohungen falle, der zum Erfolg auf irgend eine Weise mitgewirkt hat.

Perten bezeichnet die vorgeschlagene Regelung als „Ausfluß einer argen Verlegenheit“[2]), denn dem Richter werde eine schwierigere Entscheidung zugemutet. Letzteres ist nun nicht richtig. Die Entscheidung, die der Richter zu fällen hat, ist bestimmt nicht schwieriger als die, wenn er feststellen soll, ob eine Handlung Ausführungs- oder Vorbereitungshandlung ist, oder ob jemand animo auctoris oder animo socii gehandelt hat. Im Gegenteil sind die Theorien oft in einer argen Verlegenheit, wenn sie einen Fall unter ihre Lehre nicht einzuordnen vermögen und deswegen zu Erweiterungen gezwungen sind.

Ein wichtiges Bedenken spricht aber gegen diese Aufgabe der Beihilfe. Stellt man sie der Täterschaft gleich, dann wird der Beihilfeversuch und die fahrlässige Beihilfe unter Strafe gestellt. Diese Folgerungen sind aber bei dem häufigen Bagatellcharakter der versuchten und fahrlässigen Beihilfe nicht erwünscht. Wie ihnen begegnet werden kann, wird noch dargestellt werden.

§ 3. Die Akzessorietät.

Nicht viel weniger umstritten als die Frage nach der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe ist die Frage nach dem Verhältnis der Teilnahme zu der Täterschaft. Man fragt, ob die Teilnahme von dem Vorhandensein einer strafbaren Handlung des Täters abhängt oder ob sie selbständig ist, ob die Teilnahme akzessorisch ist oder nicht.

Im allgemeinen wird die Akzessorietät nicht bestritten, nur wird vielfach darunter etwas verschiedenes verstanden.

Die herrschende Lehre versteht unter der Abhängigkeit der Teilnahme die Abhängigkeit von einer rechtswidrigen und schuldhaften

[1]) Teilnahme S. 189.
[2]) a. a. O. S. 59.

Handlung[1]). So sagt Allfeld[2]): „Strafbare Teilnahme ist nur möglich an einer Tat, die in jeder Hinsicht die Merkmale eines Verbrechens an sich trägt . . .". Und Birkmeyer erklärt die Akzessorietät so: „Vielmehr werden die Teilnahmehandlungen zu strafbaren Handlungen erst, insofern sie sich zu einer selbständig strafbaren Handlung als Teilnahme an derselben hinzugesellen. Sie sind nicht selbständig strafbar, sondern sind es nur aus dem Verbrechen eines andern heraus, an welchem die Teilnehmer teilgenommen haben. Sie entlehnen ihre Strafbarkeit stets einem fremden verbrecherischen Verhalten. Wo keine Täterschaft, da auch keine strafbare Teilnahme."[3])

Der Täter muß schuldhaft gehandelt haben. An der Tat eines Geisteskranken gibt es also keine Teilnahme. Die Tat muß vielmehr eine rechtswidrige, schuldhafte und strafbare sein. Den gesamten Tatbestand muß der Täter erfüllt haben, er muß die erforderliche Absicht, die erforderlichen persönlichen Eigenschaften gehabt und er muß vorsätzlich die Tat begangen haben.

Andere bezeichnen die Abhängigkeit von der Strafbarkeit eines andern als einen „Ungedanken",[4]) als „doktrinär" und „überspannt",[5]) und bezeichnen die Akzessorietät als Abhängigkeit „von dem rein natürlichen Vorgang der Ausführung oder des Versuchs der Tat".[6]) Die akzessorische Natur der Teilnahme „im Sinn einer Abhängigkeit von der strafrechtlichen Schuld oder der Strafbarkeit des Täters"[7]) wird abgelehnt.[8])

Wieder andere halten die Akzessorietät für ein „Märchen", mit dem „endlich einmal definitiv gebrochen werden müsse",[9]) oder halten die Teilnahme für selbständige Delikte, die das Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen nur beim Vorliegen eines strafbaren Erfolgs strafe.

---

[1]) Allfeld, Lehrb. S. 205; Bar II, S. 595, 616; Beling de lege lata, Lehre v. V., S. 419. Finger I, S. 342; Nagler, Teiln. S. 137; Perten S. 143; Birkmeyer, Vergl. Darst. II, S. 4 und 37; Teiln. S. 146, Frank S. 117, 122.

[2]) a. a. O.

[3]) Teiln. S. 146, vergl. auch Liszt, Lehrb. S. 226.

[4]) Binding, Strafr. Abh. S. 329.

[5]) Beling, L. v. V. S. 454.

[6]) Hoegel, Z.St.W. 37, S. 657.

[7]) Hoegel a. a. O.

[8]) Coenders S. 205: „Nicht an der Schuld, nur an der äußeren Tat eines andern läßt das Gesetz den Anstifter teilnehmen." Herzog, Ger. S. 28, S. 320 ff.

[9]) Binding, Strafr. Abh. S. 347, vergl. auch Ger. S. 76, S. 98, Ger. S. 78, S. 41.

Daraus folge, daß die Begehung der strafbaren Handlung durch den Täter zur Bedingung der Bestrafung der Anstifter- oder Gehilfentätigkeit werde.[1])

Mayer[2]) hat erkannt, daß es sich im Grund genommen bei all diesen Auffassungen nicht um verschiedene Begriffe handelt, sondern nur um verschiedene Abstufungen der Akzessorietät. Jeder legt seiner Anschauung den Begriff der Akzessorietät unter, wenn Anstiftung und Beihilfe erst strafbar sein sollen, falls eine rechtswidrige Handlung zummindesten versucht wurde. Mayer hat 4 Stufen der Akzessorietät unterschieden:

1. Abhängigkeit von der Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestands: minimal akzessorische Form.

2. Abhängigkeit von der rechtswidrigen Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestands: limitiert akzessorische Form.

3. Abhängigkeit von der rechtswidrigen und schuldhaften Tat: extrem akzessorische Form.

4. Abhängigkeit von rechtswidrigem, schuldhaftem Tun und den persönlichen Eigenschaften des Täters: hyperakzessorische Form.

Es ist oben dargelegt worden, daß die herrschende Lehre und mit ihr das Reichsgericht Vertreter der extrem akzessorischen Form sind, daß also der Täter rechtswidrig und schuldhaft handeln müsse. An der Tat eines Geisteskranken gibt es sonach keine Teilnahme. Da man aber erkannt hat, daß man den Hintermann in solchen Fällen nicht straflos lassen kann, hat man einen Ausweg gefunden und den Begriff des mittelbaren Täters geschaffen.

Die Literatur rückt zum großen Teil von der extrem akzessorischen Form ab.

Beling findet diese Form überspannt.[3]) Er meint, daß es „nicht einleuchtet, weshalb nicht der Teilnehmer der von einem Jugendlichen, dem die Einsicht fehlte, oder von einem Kind oder Geisteskranken oder sonst Schuldlosen begangenen Tatbestandsverwirklichung eben als Teilnehmer soll bestraft werden können, sondern man hier zu der Figur der mittelbaren Täterschaft seine Zuflucht soll nehmen müssen."[4]) Das Erfordernis der Rechtswidrigkeit behält er bei. „Zu rechtmäßigem

[1]) Höpfner, Z.St.W. 37, S. 580 ff., 600.
[2]) Lehrb. S. 391, bei Aschrott-Liszt, Ref. I S. 355.
[3]) L. v. V. S. 454.
[4]) L. v. V. S. 455.

oder rechtlich gleichgültigem Handeln kann es keine strafbare Teilnahme geben."[1])

Auch Binding lehnt diese extrem akzessorische Form ab. Für ihn ist maßgebend die Setzung des objektiven Tatbestands, denn dieser ist „der volle Tatbestand des Verbrechens, gesetzt durch einen Willen, dem das Schuldmoment mangelt".[2]) Diesen objektiven Tatbestand zu setzen, vermag auch der Geisteskranke, denn er kann willentlich handeln, es fehlt ihm nur die Schuld. Er lehnt Lilienthals Auffassung, daß die Geisteskrankheit nur ein persönlicher Strafausschließungsgrund sei, ab. Man müsse aber anerkennen, daß „in demselben Maße, in dem sich jemand strafrechtlich verantwortlich macht durch Teilnahme an einer in concreto verbrecherischen Handlung, er sich verantwortlich macht durch Teilnahme an der Setzung des objektiven Tatbestands . . . Für den Vorsatz und die Tat des Gehilfen ist nur wesentlich, daß der Helfende wissentlich einen Tatbeitrag zur Verwirklichung des Verbrechenstatbestandes setzen will und gesetzt hat."[3]) Es handle sich nur darum, daß jemand in der Begehung der Rechtswidrigkeit unterstützt werde. Der persönliche habe hinter dem sachlichen Gesichtspunkt zurückzutreten.

Noch weiter geht Höpfner, wenn er die Teilnahmehandlungen als selbständig, also unabhängig auch von der Rechtswidrigkeit der begangenen Haupttat auffaßt. Da sich aus den speziellen Strafdrohungen ein Verbot der Anstiftung und Beihilfe nicht herauslesen lasse, müssen sie besonders verboten und unter Strafe gestellt werden.[4]) Unter strafbarer Handlung in den §§ 48 und 49 des St. G. B. sei nur die Handlung zu verstehen, die den Tatbestand eines speziellen Strafgesetzes zur Erfüllung bringe. Es sei nicht gemeint eine Handlung, die wirklich bestraft werden könne.[5]) „Indem es (das Gesetz) von Anstiftung zu einer strafbaren Handlung sprach, lag es nicht gerade nahe, daran zu denken, daß der Angestiftete vielleicht geisteskrank sei."[6]) Es sei auch undenkbar, daß Anstiftung und Beihilfe, die nach herrschender Lehre strafrechtlich indifferentes Handeln sind, erst

---

[1]) L. v. V. S. 459.
[2]) Ger. S. 76, S. 13.
[3]) a. a. O. S. 33.
[4]) Z.St.W. 26, S. 586.
[5]) Z.St.W. 26, S. 607, 611.
[6]) a. a. O. S. 606.

durch die Begehung der Haupttat zu einem strafbaren werde.[1]) Vielmehr seien die Teilnahmehandlungen selbständig rechtswidrig. Die Begehung der Täterhandlung ist für Höpfner nur Strafbarkeitsbedingung. Die Teilnahmehandlungen sind selbständige Delikte, nicht Begehungsformen. Sie haben allgemeine Bedeutung, daher auch ihre systematische Stellung im allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs.[2]) Man vermißt aber bei Höpfner einen näheren Nachweis, weshalb Anstiftung und Beihilfe selbständige Handlungen sind.[3])

Einen ähnlichen Standpunkt vertreten die „Modernen". Sie halten die Teilnahmehandlungen für selbständig. Nicoladoni stellt die Teilnahme als ein besonderes Verbrechen dar. Er lehnt es ab, daß die Teilnahme ihren kriminellen Charakter von der Tat eines andern entlehne, da die Teilnahmehandlung etwas ganz anderes sei, als die Handlung des Urhebers.[4]) Der Teilnehmer müsse selbständig für das, was er getan habe, verantwortlich gemacht werden. „Weil er durch seine Handlung die Rechtsordnung dadurch gefährdet hat, daß er mit individuellem verbrecherischem Willen bei der Gefährdung der Rechtsordnung durch einen andern mitgewirkt hat",[5]) wird seine Handlung strafbar. Deshalb bilden Anstiftung und Beihilfe selbständige Verbrechen, die „demzufolge auch allen gesetzlichen Bestimmungen, welche über Verbrechen im allgemeinen gelten, unterliegen."[6]) Die Teilnahme soll also ähnlich behandelt werden wie die Begünstigung.

Foinitsky nimmt zum Ausgangspunkt seiner Betrachtung nicht die zu einer Einheit zusammengefaßten Handlungen der Teilnehmer und Täter, sondern den Täter selbst, „den Menschen in seinem psychischen Zustand der Kriminalität."[7]) Die Tätigkeit jeder Person sei für den Kriminalisten etwas Abgesondertes und Unabhängiges, das seiner Beurteilung unterliege. Und diese Beurteilung unterliege den individuellen Merkmalen der Tätigkeit. So kommt er zu dem Resultat, daß ebenso viele Delikte als Delinquenten vorhanden sind.[8]) Täter, Anstifter und Hauptgehilfe setzen eine Ursache zu dem Erfolg, sind

[1]) a. a. O. S. 585.
[2]) a. a. O. S. 601 f.
[3]) s. auch Hergt S. 125.
[4]) Mitt. d. I.K.V. V. S. 354.
[5]) Mitt. d. I.K.V. V. S. 347.
[6]) a. a. O.
[7]) Z.St.W. 12, S. 74.
[8]) a. a. O. S. 77 f.

also Täter, während die sonstigen Gehilfen nur teilweise den Erfolg herbeiführen und ihr Vorsatz nicht „auf die Herbeiführung einer fremden strafbaren Handlung, sondern auf die Herbeiführung ihrer eigenen Tätigkeit" gerichtet ist. Eine Abhängigkeit von der strafbaren Handlung kann er allerdings nicht leugnen. Eine solche muß immer noch begangen sein.

Am radikalsten ist Getz, der überhaupt das Vorhandensein besonderer Teilnahmeformen leugnet. Nach ihm sind objektiv und subjektiv auf Grund der Gleichwertigkeit der Bedingungen alle am Verbrechen Beteiligten Täter.[1])

Eine kritische Betrachtung der verschiedenen Formen der Abhängigkeit der Teilnahme kann erst erfolgen nach der Darstellung der wichtigsten Folge der extrem akzessorischen Form, der mittelbaren Täterschaft.

§ 4. **Der mittelbare Täter.**

I. Mit der Schaffung dieses Begriffes hat die herrschende Lehre einer infolge ihres Festhaltens an der extrem akzessorischen Form der Teilnahme entstandenen empfindlichen Lücke abgeholfen. Es konnte aus praktischen Gründen eine Reihe von Fällen, die bei konsequenter Durchführung der extrem akzessorischen Form der Teilnahme hätten straflos bleiben müssen, nicht unbestraft gelassen werden. Daß man zu dieser Hilfsfigur greifen mußte, rührt zu einem großen Teil auch daher, daß das Gesetz einen exakten Täterbegriff nicht kennt.[2]) Es wäre eine Anzahl von Streitfragen nicht entstanden, wenn der Gesetzgeber eindeutig bestimmt hätte, wer Täter und was Täterhandlung ist. Diese Unklarheit wird noch dadurch gesteigert, daß auch die Theorien nicht zu einem auch nur einigermaßen übereinstimmenden Ergebnis über den Begriff und den Umfang der Täterschaft gelangten. So ist nach der subjektiven Theorie der Täterbegriff am weitesten gefaßt. Wenn das Vorhandensein des animus auctoris d. h. der Wille, die Tat als eigene zu begehen, genügt, so folgt daraus, daß Täter auch sein kann, wer nur eine Vorbereitungshandlung begeht. Nach den objektiven Theorien ist diese Folgerung allerdings nicht möglich. Denn nach der materiell objektiven Theorie muß der Täter eine Ursache,

[1]) Mitt. d. J.K.V. V. S. 348 ff., s. auch Klee Goltd. A. 67, S. 87.

[2]) Binding, Ger. S. 76, S. 91: „Der exakte Täterbegriff bildet naturgemäß den ganzen Grund- und Eckstein für die wissenschaftliche Lehre, wie für die gesetzgeberische Behandlung der ganzen sog. Teilnahme."

der Teilnehmer eine Bedingung setzen, während die formell objektive Theorie auf den Begriff der Ausführungshandlung abstellt.

Manche sehen in der mittelbaren Täterschaft nichts anderes als gewöhnliche unmittelbare Täterschaft. Sie sehen in dem benützten Geisteskranken, Gezwungenen usw. nur ein lebendes Werkzeug, das einem toten Werkzeug vollkommen gleichsteht.[1]) Auch Binding faßt den mittelbaren Täter als Täter auf, wenn er „seinen auf Verwirklichung des Verbrechenstatbestandes gerichteten schuldhaften Entschluß eigenhändig ausgeführt hat, oder durch einen Schuldigen oder einen Schuldlosen hat ausführen lassen".[2]) Man sieht, daß er auch die Fälle der Anstiftung zum Teil unter dem Begriff der mittelbaren Täterschaft faßt, wenn der Anstifter Tätervorsatz hat und das Delikt eigenhändig hätte begehen können.[3]) Letztere Voraussetzung verlangte er auch bei der heutigen mittelbaren Täterschaft.

Das Gesetz selber kennt diesen Begriff nicht. Er wird im allgemeinen auch nicht geleugnet. Umstritten ist aber sein Umfang. Können auch solche Verbrechen, die man nur eigenhändig begehen kann, z. B. Notzucht, Blutschande, Eidesverbrechen in mittelbarer Täterschaft begangen werden? Viele lehnen diese Möglichkeit ab.[4]) Kann eine strafbare Handlung auch durch jemand herbeigeführt werden, der die erforderliche Absicht oder die erforderlichen persönlichen Eigenschaften nicht besitzt? Man hat in diesen Fällen zu der Konstruktion des do-

[1]) Mittermaier, Z.St.W. 21, S. 248: „Der Ausdruck „mittelbare Täterschaft" führt daher irre, denn er läßt uns glauben, daß das Mittel hier eine strafrechtliche Bedeutung habe." Nagler, Teiln. S. 66; Oetker, Ger. S. 89, S. 185; Wachenfeld, Lehrb. S. 195; Binding Grundriß S. 146.

[2]) Strafr. Abh. S. 285.

[3]) Ger. S. 78, S. 35, Normen IV S. 635: „Daß der Täter sich des schuldlosen wie des schuldhaften menschlichen Werkzeugs zur Verwirklichung des eigenen Täterwillens bedienen kann, ist unleugbar, und dieser mittelbare Täter fordert kategorisch seine Anerkennung, soweit das Gesetz ihn nicht durch Hervorkehrung besonderer Merkmale zum Anstifter erhoben hat." Ger. S. 71, S. 9; Strafr. Abh. S. 283.

[4]) Allfeld, Lehrb. S. 215 Anm. 6 hält mittelbare Täterschaft, sofern nicht „positive Bestimmungen im Wege stehen", bei allen Delikten für möglich, „denn das Strafwürdige besteht auch in solchen Fällen darin, daß ein gewisser Erfolg von jemand herbeigeführt wurde." Mittelbare Täterschaft sei daher möglich bei Notzucht, Blutschande, Rechtsbeugung, wenn sich jemand einer Person bediene, die diese Handlungen begehen könne. Bei Ehebruch verneint mittelbare Täterschaft Binding, Ger. S. 71, S. 15; bei Notzucht Coenders S. 212; letzteres bejahend Frank S. 106, da Notzucht kein Sonderdelikt, sondern Erfolgsdelikt sei. Eidesdelikte und Blutschande dagegen können nach ihm nicht in mittelbarer Täterschaft begangen werden. „Sicher sollte zunächst sein, daß diese Möglichkeit (nämlich Delikte in mittelbarer Täterschaft zu begehen) nicht weiter reicht, als die Möglichkeit, ein Delikt in unmittelbarer Täterschaft zu begehen."

losen Werkzeugs gegriffen und den Hintermann als Täter, den unmittelbar Handelnden als dolosses Werkzeug, als Gehilfen bestraft. So das Reichsgericht. Vielfach wird aber dieser Begriff abgelehnt. Man sagt, der unmittelbar Handelnde sei kein Werkzeug, da er die Tat frei begehe, könne also einem toten Werkzeug nicht gleich gestellt werden.

Es sollen im folgenden kurz einige Fragen über die mittelbare Täterschaft skizziert werden.

a) Läßt z. B. jemand durch einen andern, dem Zueignungsabsicht fehlt, eine fremde bewegliche Sache wegnehmen, so wird nach herrschender Meinung der Hintermann als mittelbarer Täter, der Ausführende als Gehilfe bestraft.[1]) Andere sagen, der Ausführende, der die Sache weggenommen habe, sei selber Dieb, der Hintermann aber Anstifter.[2]) Denn in dem Augenblick, in dem er die Sache dem Eigentümer wegnehme, um sie dem Veranlassenden zu geben, habe er sich die Sache zugeeignet und darauf sei auch seine Absicht gerichtet. Eine dritte Auslegung ist die, daß der Ausführende Diebstahl nicht begangen habe, da ihm die erforderliche Absicht gefehlt habe. Der Hintermann begehe aber Unterschlagung, weil der absichtslos Handelnde den Gewahrsam an der Sache für ihn erlangt habe. Letzterer sei Gehilfe bei der Unterschlagung.[3])

Auch nach Beling liegt kein Diebstahl vor. Er bezeichnet als Täter den „Hauptverantwortlichen", d. h. den, der „der Tat den Stempel seiner Persönlichkeit aufdrückt". Das sei aber gewöhnlich der unmittelbar Handelnde. So sei bei den Absichtsdelikten der der Hauptverantwortliche, der die Tat, wenn auch ohne die erforderliche Absicht begehe. Denn seine Persönlichkeit sei für die Tat maßgebend. Da er aber wegen fehlender Absicht straflos sei, müsse auch der Anstifter straflos ausgehen. Der Anstifter und der unmittelbar Handelnde setzen nur eine Vorbereitungshandlung für spätere Absichtsverwirklichung, bei der der Schwerpunkt liege.[4])

---

[1]) Allfeld, Lehrbuch S. 213, Binding, Lehrbuch S. 278, R.G. 47, S. 147; 48, S. 58; 53, S. 180.

[2]) Wachenfeld, Lehrbuch S. 198 leugnet den Begriff des dolosen Werkzeugs überhaupt. Kohler, Studien I S. 129.

[3]) Wachenfeld Z.St.W. 40, S. 329, S. 331: A ist Anstifter zu der von B ohne Bereicherungsabsicht begangenen Urkundenfälschung, wenn A mit Bereicherungsabsicht handelte. A wird nach §§ 267, 48, B nach § 267 als Täter bestraft. Er ist nicht Gehilfe zum Vergehen nach § 268.

[4]) Z.St.W. 28, S. 597 ff. Gegen dolosses Werkzeug Beling a. a. O. S. 592. Er meint, wer nach § 306 die Ausführungshandlung begehe, werde nicht Gehilfe nach §§ 307 Abs. 2, wenn nur der Anstifter die erforderlichen Qualifikationsmomente habe.

b) Wie sollen ferner die Fälle behandelt werden, in denen ein Intraneus einen unzurechnungsfähigen Extraneus zur Begehung eines Amtsverbrechens veranlaßt? Auch hier bestraft man den Intraneus als mittelbaren Täter, obwohl objektiv wie subjektiv ein Amtsverbrechen nicht begangen wurde. Allerdings hat man hier zwischen reinen und gemischten Amtsverbrechen zu unterscheiden. Ein reines Amtsverbrechen wie z. B. Rechtsbeugung kann man nicht durch einen Dritten, der zum Kreis der Innenstehenden nicht gehört, begehen lassen. Denn in diesen Fällen begründet die Amtseigenschaft gerade das Verbrechen. Anders bei den gemischten Amtsverbrechen z. B. Amtsunterschlagung, denen ein gemeines Delikt zugrunde liegt (Unterschlagung) und die zu einem Amtsverbrechen nur qualifiziert werden, weil ein Beamter sie begeht. Die Beamteneigenschaft ist strafänderndes, nicht strafbegründendes Moment. Hier ist nach herrschender Lehre mittelbare Täterschaft möglich. Zu diesem Hilfsmittel braucht man aber nicht zu greifen, da die Lösung mit Hilfe der Unterlassung gefunden wird. Der Beamte erfüllt also den Tatbestand des § 350 St.G.B. durch Unterlassung.[1])

II. Kurz soll noch behandelt werden die Frage nach der Bestrafung der Teilnehmer bei Irrtum über die Zurechnungsfähigkeit des Bestimmten. Hielt der Anstifter den Angestifteten für zurechnungsfähig, während er in Wirklichkeit unzurechnungsfähig war, so ist nach Beling[2]) eine Bestrafung als Täter nicht möglich, da ihm der Tätervorsatz fehlt. Anstifter könne er aber auch nicht sein, weil eine strafbare Haupttat nicht vorliege. Nach Hoffmann[3]) ist der „Anstifter" freizusprechen, weil er Tätervorsatz nicht gehabt habe. „Vielleicht hätte er bei Kenntnis der Sachlage die Tat gar nicht gewollt."

Während andere[4]) den Anstifter wegen fahrlässiger Tatbegehung strafen wollen, halten Dritte den Anstifter „in dem Maße" haftbar, „wie er es als Anstifter gewesen wäre" (Frank).[5]) Eine weitere Ansicht ist, den objektiven Tatbestand zur Grundlage zu nehmen und den Irrtum für unbeachtlich zu erklären.[6])

---

[1]) S. a. Frank S. 105, Flegenheimer S. 68.
[2]) L. v. V. S. 398.
[3]) Jur. W. 1924, S. 289.
[4]) Hergt S. 135, Wuttig S. 109.
[5]) Frank S. 103, Oetker Ger. S. 68, S. 307.
[6]) Allfeld, Lehrbuch S. 215, Finger, Lehrbuch I S. 336, Mayer, Allg. Teil S. 394, Wachenfeld, Goltd. A. 69, S. 306, Z.St.W., 40, S. 134, Hoegel S. 669.

Im umgekehrten Fall, also wenn der Bestimmende den Täter für unzurechnungsfähig hält, während er in Wirklichkeit zurechnungsfähig ist, ist nach der subjektiven Theorie der Hintermann Täter. Eine weitverbreitete Lehre[1]) hält eine Bestrafung wegen Anstiftung für richtig, weil der Tätervorsatz den Teilnehmervorsatz umfasse. Mayer geht auch hier davon aus, was der Bestimmende objektiv getan hat und bestraft wegen Anstiftung.

Man sieht, zu welchen Konstruktionen der mittelbare Täter verwendet wurde, weil ein einheitlicher Täterbegriff nicht vorhanden ist. So ist zwar der Begriff der mittelbaren Täterschaft anerkannt, nicht aber ihr Umfang. Man hat keinen Zweifel, daß sie tatsächlich Täterschaft ist.

Es ist aber verfehlt, den Hintermann als mittelbaren Täter zu bezeichnen. Der Begriff ist irreführend. Dieser Hintermann ist nicht Täter, er steht vielmehr dem Anstifter gleich.

Der einen Geisteskranken zur Begehung einer Tat Veranlassende kann Täter nicht sein, da ihm der Tätervorsatz fehlt. Der Täterwille ist auf die Begehung einer Tat gerichtet. Dieser Wille löst eine Körperbewegung aus, die ihrerseits wieder den gewollten Erfolg unmittelbar oder mit Hilfe von in Kausalzusammenhang mit der Körperbewegung stehenden Naturkräften herbeiführt. Was aber der mittelbare Täter tut, ist lediglich die Bestimmung des Unzurechnungsfähigen zur Begehung der strafbaren Handlung. Nur darauf kann sein Wille gerichtet sein. Den strafbaren Erfolg führt der mittelbare Täter selber durch eigene Körperbewegungen nicht herbei. Er läßt ihn vielmehr durch den Unzurechnungsfähigen herbeiführen, genau wie es der Anstifter bei der Anstiftung tut.[2]) Der Wille jedes Täters muß auf den Erfolg gerichtet sein. Wollen kann man aber etwas nur, sofern man es auch selber tun will. Sobald man den Erfolg durch die von einem fremden Willen ausgehenden Körperbewegungen herbeiführen will, kann der eigene Wille nicht mehr auf den Erfolg gerichtet sein, sondern nur auf einen andern Erfolg, nämlich den andern zur Begehung zu bestimmen. Ein zwischen den eigenen Willen und den Erfolg tretender fremder Wille vernichtet den Täterwillen, wenn der Erfolg

[1]) Allfeld, Lehrbuch S. 216, Beling, L. v. B. S. 254, 398, Frank S. 104, Hergt S. 135, Hoegel a. a. O., Hoffmann, Jur. W. 1924, S. 289, Wachenfeld a. a. O.

[2]) Siehe Binding Ger. S. 76, S. 39 zum Urheberwillen.

von dem Dazwischentretenden bewirkt wird.[1]) Den Erfolg, den ein Dritter herbeiführen soll, kann man nicht „wollen", sondern nur „wünschen". So sagt Lobe: „„Wollen" kann man aber immer nur den Erfolg, für den die eigene Handlung als Körpertätigkeit unmittelbar oder — vom Fall der mittelbaren Täterschaft abgesehen — durch die Anstoßung der Kausalität wirkender Naturkräfte herbeigeführt wird. Darüber hinaus, namentlich, wenn zur Herbeiführung des Erfolges die Verwirklichung des Willens eines andern einsetzt, reicht das Wollen nicht, es liegt im Bereich des Wünschens. Man darf sich nicht durch den ungenauen Sprachgebrauch beirren lassen. Ich kann wollen, in die Stadt zu gehen. Ich kann aber nicht wollen, daß mein Freund in die Stadt geht. Das kann ich nur wünschen und zur Verwirklichung dieses Wunsches kann ich nur wollen, ihn zu diesem Wollen zu bestimmen. Bestimme ich ihn, so bin ich gleichwohl Urheber dafür geworden, daß mein Freund in die Stadt gegangen ist. Der Gang ist aber seine, nicht meine Tätigkeit, die sich lediglich auf die Anstiftung beschränkt, sie ist für mich eine fremde Tätigkeit".[2])

Alle diese von Lobe angestellten Gedankengänge sind genau so auf die mittelbare Täterschaft anwendbar.[3]) Man lehnt dies aber damit ab, daß man sagt, der Unzurechnungsfähige handle nicht mit Willen, er stehe einem toten Werkzeug gleich. Diese Ansicht ist abzulehnen. Der Unzurechnungsfähige ist etwas anderes als ein totes Werkzeug. Der Geisteskranke hat auch einen Willen und verwirklicht diesen durch seine Handlung.[4]) Der Unzurechnungsfähige vermag nur nicht die Folgen richtig einzuschätzen. Er handelt schuldlos. Das verschiedene Verschulden der Mittelsperson kann aber keinen Einfluß auf die Willensrichtung des Hintermannes haben. Deshalb will der mittelbare Täter die Tat sowenig als eigene wie der Anstifter. Der

[1]) Mit der überwundenen Lehre von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs hat dies nichts zu tun.

[2]) Lobe Lpz. Komm. Einleitung S. 89.

[3]) Binding Ger. S. 71, S. 17 sagt von seinem Urheber, er sei nicht Täter, da das begangene Verbrechen für ihn eine fremde Tat sei. „Daß sie geschah, entsprach seinem Willen, sie zu begehen, war er nicht gewillt." Der Verursacher steht also zu der Tat in einem anderen Verhältnis als der Täter. Vergl. auch Ger. S. 76, S. 39, Strafr. Abh. S. 320.

[4]) Binding, Strafr. Abh. S. 256: „Die Verwirklichung des schuldhaften Willens ist nur ein Ausschnitt aus der Verwirklichung des Willens überhaupt . . . . Die Verwirklichung des Willens eines Unzurechnungsfähigen kann sich nicht auf anderen Wegen vollziehen als die eines Handlungsfähigen." S. a. Frank S. 145 IV und angeg. Literatur.

Vorsatz beider ist auf Begehung der Tat durch einen andern gerichtet. Ein Unterschied besteht zwischen beiden nicht.[1])

Auch kann man nicht sagen, die Handlung der unzurechnungsfähigen Mittelsperson sei die Handlung des ihn Veranlassenden; denn dieser führt nicht aus, er beteiligt sich an der Ausführung nicht, sowenig wie der Anstifter. Er kann sich dessen Tat auch nicht „aneignen". Sie wird für den Bestimmenden eine fremde bleiben.

Daß die Handlung des Unzurechnungsfähigen rechtlich nicht irrelevant ist, ergibt sich daraus, daß dagegen Notwehr zulässig ist. Höpfner[2]) führt treffend aus, es wäre „nicht einleuchtend, ja unbegreiflich, wenn man etwa gegenüber dem Angriff eines Geisteskranken jede Verteidigung verbieten würde, weil der Angriff die Handlung eines Geisteskranken ist. Die Bedeutung der Handlung erschöpft sich doch nicht darin, Produkt eines Willens zu sein, sodaß sie alles Interesse verlieren würde, wenn jener Wille nicht mehr interessiert, sondern sie hat vermöge ihrer Wirkung auch objektive Bedeutung, kann somit für andere Personen Bedeutung erlangen und hieraus sehr wohl sich für das Recht die Veranlassung ergeben, an sie Konsequenzen zu knüpfen. Es wäre daher so verfehlt als möglich, den Handlungen des Geisteskranken schlechtweg jede rechtliche Bedeutung abzusprechen."

Nun kennt aber die herrschende Lehre auch Fälle der mittelbaren Täterschaft, bei denen die Mittelsperson nicht unzurechnungsfähig ist. So z. B. wenn jemand eine ihm fremde aber zugängliche Sache einem Gutgläubigen verkauft, der sie abholt,[3]) oder die Fälle des dolosen Werkzeugs. Man kann hier die mittelbare Täterschaft nicht damit begründen, daß man sagt, diesen Mittelspersonen fehle der freie Wille oder sie stünden einem toten Werkzeug gleich. Hier sieht sich

[1]) Daher ist falsch, wenn Binding, Grundriß S. 163 sagt, der Tätervorsatz sei auf Selbstbegehung gerichtet, auf eigenhändige oder nicht eigenhändige Setzung der Ursache des verbrecherischen Erfolges. Vergl. auch Wach D.J.Z. 1925, S. 536, Hagerup a. a. O. S. 617. Buri Ger. S. 22, S. 101 erklärt, eine Verschiedenheit bestehe zwischen der Anstiftung eines Willensfähigen und der Anstiftung eines Willensunfähigen nicht. Ferner Hoegel S. 667: „In den Fällen der sogen. mittelbaren Täterschaft ist jedoch im Grund der Täter begrifflich nicht mehr Werkzeug des Anstifters als in allen Fällen echter Anstiftung, d. h. Bestimmung fremden Willens zur Handlung. Ob diese Bestimmung durch geistige Unreife, Geisteskrankheit oder durch andere psychische Eigenschaften des Täters erleichtert wurde, vermag der Natur der Anstiftung keinen anderen Charakter zu verleihen."

[2]) a. a. O. S. 615, s. a. Zimmerl Z.St.W. 49, S. 47; Hoegel S. 656.

[3]) Vergl. R. G. 47, S. 147; 48, S. 58.

die herrschende Lehre also schon zu einer Ausnahme gezwungen. Man erklärt dies aber damit, daß es möglich sei, „daß jemand sich, seine Arbeitskraft und Tätigkeit derart einem Dritten zur Verfügung stellt, daß dieser die Herrschaft über sie erhält und die ganze Ausführung sich nunmehr lediglich nach diesem Willen richtet, Art und Umfang und Ende von ihm abhängt, weil der Handelnde sich nach dem Willen und Absichten des Dritten richtet, sie zu den seinen macht.“[1]) Wie wenn dies nicht genau so auf die Anstiftung zutreffen würde. Wie wenn sich nicht genau so der Angestiftete, der sich die Ausführung bis ins kleinste vom Anstifter klar machen ließ und darnach handelte — wie es auch in den meisten Fällen so sein wird — nach dem Willen und den Absichten des Anstifters richten würde und Art, Umfang und Ende von ihm abhängig macht.

So ist festzustellen, daß der Vorsatz des mittelbaren Täters derselbe ist, wie der des Anstifters. Er ist gerichtet auf die Begehung einer strafbaren Handlung durch einen andern, während der Vorsatz des Täters auf Eigenbegehung gerichtet ist. Der Begriff der Anstiftung und der der mittelbaren Täterschaft decken sich. Anstifter und mittelbarer Täter tun dasselbe; der eine bestimmt einen Zurechnungsfähigen, der andere einen Unzurechnungsfähigen, wobei jeder mit genau denselben Hemmungen des Anzustiftenden zu rechnen hat. Daß der eine Angestiftete aber schuldhaft handelt, der andere schuldlos, hat nur Bedeutung für dessen eigene strafrechtliche Beurteilung, nicht aber für die des Anstifters.

Die Vertreter, die die Anstiftung als intellektuelle Urheberschaft auffassen, verstehen unter dem Vorsatz des mittelbaren Täters und dem des Anstifters dasselbe. Allerdings stellen sie ihn dem Tätervorsatz gleich,[2]) was oben abgelehnt wurde.

Denselben Standpunkt wie den vertretenen nehmen auch die Entwürfe ein, wie noch gezeigt werden soll. Sie kommen dazu durch die gesetzliche Anerkennung der limitiert akzessorischen Form der Teilnahme. Man sieht, wie eng die Frage der mittelbaren Täterschaft mit der

[1]) Lobe Lpz. Komm. Einleitung S. 76.

[2]) Kohler, Studien I S. 129, Goltd. A. 58, S. 7. Foinitsky a. a. O. S. 80. Träger, Jur. W. 1922, S. 976, Oetker, Ger. S. 94, S. 14. Auch nach Binding ist der heutige Anstifter mittelbarer Täter, wenn er den Täterentschluß gehabt hat und die Tat unmittelbar hätte begehen können. Andernfalls sei er Urheber. So Ger. S. 76, S. 97; 78, S. 35, Grundriß S. 161, 170.

Akzessorietät zusammenhängt. Erkennt man, daß mittelbare Täterschaft und Anstiftung dasselbe sind, daß wegen Anstiftung auch bestraft werden muß, wenn der Ausführende schuldlos handelt, dann anerkennt man auch damit die limitiert akzessorische Form der Teilnahme. Es ist zweifellos, daß diese Form der Teilnahme die praktisch brauchbarsten Ergebnisse liefert. So braucht man auf den Begriff der mittelbaren Täterschaft nicht mehr zurückzugreifen. Sie wird, was sie tatsächlich ist, nämlich Anstiftung. Auch die Frage der Teilnahme bei Irrtum über die Zurechnungsfähigkeit bereitet keine Schwierigkeiten mehr, da auf das Verschulden des Täters bei der Frage der Teilnahme keine Rücksicht genommen wird. Aehnlich ist die Lösung bei den Sonderdelikten. Veranlaßt ein Extraneus einen unzurechnungsfähigen Intraneus zur Begehung eines Amtsverbrechens, so ist jener als Anstifter zu bestrafen. De lege lata könnte er überhaupt nicht bestraft werden, als mittelbarer Täter nicht, weil ihm die Beamtenqualität fehlt, als Teilnehmer nicht, weil eine strafbare Handlung nicht vorliegt. Ueberflüssig wird ferner der Begriff des dolosen Werkzeugs.[1])

Die anderen Formen der Abhängigkeit der Teilnahme sind abzulehnen. Die minimal akzessorische Form kann keine Anerkennung finden, weil es sonst strafbare Teilnahme an rechtmäßigem Handeln gäbe. Wenn eine Handlung vom Recht gebilligt wird, dann kann man auch den Teilnehmer nicht bestrafen. Und die hyperakzessorische Form wird de lege lata schon durch § 50 St.G.B. abgelehnt, da die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse nur bei dem berücksichtigt werden, bei dem sie vorliegen.

Die von der herrschenden Lehre anerkannte extrem akzessorische Form der Teilnahme wird nicht zu halten sein und wird auch von den Entwürfen nicht mehr verwendet. Es wurde dargelegt, zu welchen Hilfsbegriffen diese Lehre kommen mußte, um ungerechten und unpraktischen Folgerungen zu entgehen. Wenn tatsächlich der Teilnehmer seine Strafbarkeit von der des Täters entlehnen müßte, dann müßte auch der Teilnehmer nach dem Gesetz zu bestrafen sein, das beim Vorliegen persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse, die die Strafe erhöhen oder vermindern, auf den Täter Anwendung findet. Dieser

[1]) Es soll dies näher erläutert werden im Zusammenhang mit den Absichtsdelikten des Entwurfs.

Konsequenz will aber schon § 50 St.G.B. entgehen. Schon aus dieser Bestimmung ergibt sich, daß das Gesetz diese Art der Abhängigkeit nicht statuiert haben will.[1]) Diese Lehre käme auch auf nichts anderes hinaus als auf eine Haftung des Teilnehmers für fremde Schuld. Das Strafrecht vertritt aber den Standpunkt, daß jeder für das haftet, was er getan hat und nicht für das, was andere getan haben.[2]) Die Frage des Verschuldens des Täters kann keine Bedeutung für den Teilnehmer haben, sondern nur für den Täter selbst, da von seinem Vorliegen seine Strafbarkeit abhängt. Da die Schuld streng individuell ist, ein anderer daran nicht teilnehmen kann, ist die Schuld des Täters auch nicht mit dem Teilnehmer in Beziehung zu setzen.

Auch das Jugendgerichtsgesetz rückt von dieser Form der Abhängigkeit ab. Nach § 4 J.G.G. wird der Anstifter eines Nichtjugendlichen oder eines Jugendlichen, dem die erforderliche Einsicht fehlte, als Anstifter und nicht als mittelbarer Täter bestraft. Es ist auch mit Beling nicht einzusehen, weshalb es etwas anderes sein soll, ob jemand einen Zurechnungsfähigen, oder ob er einen Geisteskranken oder sonst Schuldlosen anstiftet.

Die Verselbständigung der Teilnahmeformen ist abzulehnen. Die Teilnahme ist „eine Lebenserscheinung, nicht eine spezifisch juristische Schöpfung“ [3]) und „nur durch die . . . Berücksichtigung der verschiedenartigen Beziehungen, in denen die Handlungen mehrerer Menschen zueinander stehen, werden wir der Bedeutung der Einzelhandlungen gerecht“.[4]) Gerade umgekehrt machen es aber die Vertreter der Selbstständigkeit der Teilnahme, wenn sie jede Teilnahmehandlung isoliert betrachten ohne Rücksicht auf den Zusammenhang mit den anderen. Es ist selbstverständlich, daß das Verbrechen aus einer Reihe von Einzelhandlungen, die auf die Verwirklichung des Erfolges hinzielen, besteht. Das Wesentliche ist aber, daß sie alle zusammen einen einzigen Erfolg herbeiführen, daß sie mit diesem Erfolg im Zusammenhang

[1]) Frank S. 131: „Offenbar wird also durch die vorliegende Stelle der akzessorische Charakter der Anstiftung und Beihilfe durchbrochen.“ S. a. Höpfner S. 588, Liszt, Lehrbuch S. 235: „§ 50 St.G.B. bricht der akzessorischen Natur der Teilnahme die Spitze ab.“

[2]) Binding, Strafr. Abh. S. 347: „Kein Teilnehmer wird deshalb bestraft, weil ein anderer strafbar gehandelt hat, sondern nur weil er selbst delinquiert hat.“ Hergt S. 180, Kohler, Goltd. A. 58, S. 2, Stud. I S. 106, Perten S. 159.

[3]) Wach, D.J.Z. 1925, S. 536.

[4]) Bierling S. 146.

stehen, aus dem sie nicht herausgerissen werden dürfen. Die Einzelhandlungen werden so zu einer Handlungseinheit.[1])

B. § 5. Die Entwürfe von 1909—1925.

I. Der Vorentwurf kennt als Teilnahme nur Anstiftung und Beihilfe. Die Mittäterschaft ist also keine Teilnahmeform mehr, sondern Täterschaft. Es ist nach geltendem Recht streitig, ob die Mittäterschaft Täterschaft oder Teilnahme ist. Der V.E. bringt so durch seine eindeutige Regelung eine anerkennenswerte Klarheit. Praktisch bringt er im § 80 V.E. die Anerkennung der limitiert akzessorischen Form. Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, die die Strafbarkeit ausschließen, sollen nur bei denen berücksichtigt werden, bei denen sie vorliegen. Die Begründung zu V.E. behauptet, es sei „das bisherige Recht grundsätzlich unverändert übernommen",[2]) so daß er also auch die extrem akzessorische Form beibehalten würde. Um aber den Schwierigkeiten, die diese Form der Abhängigkeit nach sich zieht, aus dem Weg zu gehen, „ergibt sich kein anderer Weg zum Ziel, als der, die Auffassung der Unzurechnungsfähigkeit als eines Schuldausschließungsgrundes aufzugeben".[3]) Die Schuldausschließungsgründe werden kurzerhand abgeschafft und zu Strafausschließungsgründen gemacht. Damit wird nun auch Teilnahme an der Tat eines Geisteskranken möglich, da Unzurechnungsfähigkeit nur noch Strafausschließungsgrund ist. Daß damit die extrem akzessorische Form aber durchbrochen wird, gibt der V.E. selbst zu.[4]) Diese Regelung hat in der Literatur großen Widerspruch gefunden.[5])

II. Der Gegenentwurf bringt die limitiert akzessorische Form der Teilnahme zur Geltung. Nach § 34 S. 2 G.E. erfolgt „die Be-

[1]) Die bei dieser Handlungseinheit mitwirkenden Personen stehen einander aber nicht gleich. Die Teilnehmer tun etwas anderes als der Täter. Sie sind einander nicht gleichgeordnet wie die Mittäter. Denn diese führen eine einzige Handlung nach den Grundsätzen der Arbeitsteilung aus. S. a. Binding Strafr. Abh. S. 287, Birkmeyer, Vergl. Darst. II S. 133 ff.

[2]) Begr. S. 309.

[3]) Begr. S. 224.

[4]) Begr. S. 303.

[5]) Siehe Binding, Ger. S. 76, S. 31 ff., Liszt Z.St.W. 30, S. 253, 256, Birkmeyer, Teilnahme S. 162. Kohler, Goltd. A. 56, S. 293 f., Mittermaier, Z.St.W. 30, S. 627. Mayer, Reform I S. 358 versteht unter diesen Strafausschließungsgründen einen allgemeinen Begriff, unter den auch die Schuldausschließungsgründe, alle persönlichen Strafausschließungsgründe und einige Strafaufhebungsgründe fallen. Nach ihm führt § 80 V.E. daher die limitiert akzessorische Natur der Teilnahme ein.

strafung des Teilnehmers ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit der Person des Täters." „Diese Worte verwendet der Gegenentwurf überall da, wo er das Vorliegen des objektiven Verbrechenstatbestandes für ausreichend erklärt. . . . Er folgt damit im Ergebnis einer Anregung Bindings. (Ger. S. 76 S. 85)".[1])

Der G.E. bestraft die versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen (i. e. S.). Im übrigen ist der Anstifter des G.E. „im Wesentlichen der Urheber Bindings."[2]) Denn Täter ist nach § 31 G.E. auch, wer einen andern zu einer Tat bestimmt, die auch er hätte begehen können. Kann er aber wegen Fehlens eines gesetzlichen Merkmals nach § 31 nicht als Täter bestraft werden, so wird er als Anstifter strafbar.

§ 33 G.E. beläßt der Beihilfe im Wesentlichen nur das Gebiet der Vorbereitungshandlungen oder der Unterstützung einer Vorbereitungshandlung. Ein großer Teil der Beihilfe wird als Täterschaft bestraft.

III. Der Kommissionsentwurf, der sich in erster Lesung[3]) für die Anerkennung der limitiert akzessorischen Form erklärt hat, führte in zweiter Lesung[4]) wieder den Unterschied von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft ein, hielt also an der extrem akzessorischen Form fest. Sich ergebende Schwierigkeiten will der K.E. aber dadurch vermeiden, daß er den Anstiftungs- und Beihilfebestimmungen in den §§ 35 und 36 hinzufügte, Anstiftung und Beihilfe bleiben Anstiftung und Beihilfe, auch „wenn sich nachträglich ergibt, daß der Täter nicht schuldhaft gehandelt hat." Und entsprechend soll auch Bestrafung wegen mittelbarer Täterschaft dann erfolgen, „wenn sich nachträglich ergibt, daß der andere die strafbare Handlung vorsätzlich begangen und schuldhaft gehandelt hat" (§ 33 Abs. 4). Im übrigen werden Definitionen über Täterschaft und mittelbare Täterschaft, Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe aufgestellt. Der Fehler des G.E. soll wieder gutgemacht werden.

IV. Dieselbe Regelung übernimmt der E. 19 vom K.E. Er bezieht sich ausdrücklich auf ihn.[5]) Als Neuerung rühmt die Denkschrift, es sei die Akzessorietät aufgegeben worden. Diese Ansicht beruht auf

[1]) Begr. zum G.E. S. 47 ff, s. a. Binding, Strafr. Abh. S. 389.
[2]) Begr. zum G.E. S. 48.
[3]) Prot. 53, 17—18 und 21—23, 54; 1—4.
[4]) Prot. 222. S. 3.
[5]) Denkschr. S. 42.

der Gleichsetzung der Akzessorietät mit der extrem akzessorischen Form der Teilnahme. Nur diese wurde aufgegeben. Die Strafbarkeit hängt aber nach wie vor von der rechtswidrig begangenen Haupttat ab. Wäre die Akzessorietät nämlich aufgegeben worden, so wären die Bestimmungen in §§ 28 Abs. 1 S. 2, 29 Abs. 1 S. 2 und 26 Abs. 2 unnötig gewesen. Man hätte nicht für die Fälle des Irrtums über die Zurechnungsfähigkeit Vorsorge treffen müssen.

Wie viel einfacher hätte die Regelung gestaltet werden können, wenn man die limitiert akzessorische Form zum Grundsatz erhoben hätte. Sämtliche weitschweifigen Bestimmungen über die mittelbare Täterschaft und über Irrtum über die Zurechnungsfähigkeit wären überflüssig gewesen.[1]) Das Ganze hätte an Einheitlichkeit und Einfachheit gewonnen. Praktisch wurde durch die Regelung des E. 19 auch nichts Neues erzielt.

Die Denkschrift versteigt sich sogar zu der Behauptung, der E. 19 habe die subjektive Theorie zur Grundlage.[2]) Maßgebend sei die Willensrichtung. Es wird dies aus § 27 E. 19 geschlossen, wo es heißt, „wer mit einem andern den Vorsatz, gemeinsam eine Straftat zu begehen, gemeinsam verwirklicht." Diesen Vorsatz hat aber auch der Gehilfe. Auch er will den Erfolg. Im Gegenteil kommt im E. 19 die objektive Theorie zum Zug, was aus den §§ 27 und 29 klar hervorgeht.[3])

V. Wesentlich bessere Vorschläge bringt der E. 25, der bei seiner Regelung vom formal-objektiven Standpunkt ausgeht.[4]) Die Begründung hebt hervor, daß als Täter bei den Tätigkeitsdelikten der angesehen werde, der die verbotene Handlung selbst ausführt, bei den Erfolgsdelikten, der „für den verpönten Erfolg in solcher Weise tätig wird, daß seine Handlung mit dem im Tatbestand gebrauchten Ausdruck bezeichnet werden kann, von dem man also ohne der Sprache Gewalt anzutun sagen kann, er selbst habe „getötet" (§ 221), er habe „beschädigt" (§ 294) oder er habe „weggenommen" (§ 296)." Gegen

[1]) Gegen die Regelung des E. 19 bei Irrtum über Zurechnungsfähigkeit, Hoffmann, Jur. W. 1924, S. 289.

[2]) S. 44. Vergl. auch Gerland, Krit. Bem. zu E. 19, S. 30.

[3]) Kitzinger, Jur.W. 1922, S. 979, Mezger, D.Str.Z. 1921, S. 206 f.

[4]) Bumke, D.J.Z. 1925, S. 24, Gerland E. 25, S. 52, Hippel Z. St. W. 47, S. 58, Kern, Ger. S. 92, S. 127, Wachenfeld, Goltd. A. 69, S. 307, Grünhut, Z.St.W. 47, S. 496.

diese Regelung erheben sich aber die Bedenken, die gegen die formal-objektive Theorie schon geltend gemacht wurden. Für die Lehre von der Gleichwertigkeit der Bedingungen konnte sich der E. 25 nicht entscheiden. Die Begründung [1]) tut diese Lehre damit ab, daß sie sagt, sie widerspreche „der natürlichen Betrachtungsweise und den Anschauungen des täglichen Lebens und sei außerdem auch unbillig, weil die Schuld des Gehilfen in der Regel geringer ist, als die des Täters und Anstifters." [2]) Wenn das der Fall wäre, so wäre es konsequenter gewesen, den Gehilfen allgemein milder zu bestrafen und als Ausnahme die Täterstrafe festzusetzen als umgekehrt den Gehilfen im Strafmaß dem Täter gleichzusetzen, wie es der E. 25 tut. Denn aus der Regelung des E. 25 — der Gleichsetzung der Gehilfenstrafe mit der Täterstrafe mit ausnahmsweiser Milderung — muß geschlossen werden, daß die Schuld des Gehilfen im allgemeinen der des Täters gleichkommt. Wo dieses aber ausnahmsweise nicht der Fall ist, soll der Gehilfe milder bestraft werden.

Der E. 25 kennt als Teilnahmeformen nur Anstiftung und Beihilfe. Die Mittäterschaft zu definieren wurde nicht für nötig befunden. Die Kritik des Entwurfes bemängelt durchweg das Fehlen dieses Begriffes,[3]) da er zur Abgrenzung von der Beihilfe gesetzlich geregelt wünschenswert sei.

Einige terminologische Aenderungen brachte der E. 25 bei den Begriffen der Anstiftung und Beihilfe. Statt „bestimmen" wird der Ausdruck „veranlassen" gebraucht, und statt „Hilfe leisten" „erleichtern". Diese veränderte Fassung fand in der Kritik auch nicht immer Anklang. Man führt gegen das Wort „veranlassen" an, daß darunter auch Anreizung verstanden werden könne, daß man auch einen schon Entschlossenen veranlassen könne,[4]) und daß der Mittäter doch auch „erleichtere" [5]), oder daß es Gehilfen gäbe, die bei der Handlung mitwirken, infolge ihrer Ungeschicklichkeit aber die Herbeiführung des

[1]) S. 25.
[2]) Gerland, E. 25, S. 57 bestreitet, daß der Gehilfe weniger tue als der Täter.
[3]) Grünhut, Z.St.W. 47, S. 496; Kern a. a. O. S. 142; Lobe, Ger. S. 92, S. 64.
[4]) Kern a. a. O. S. 144, siehe dazu auch Wachenfeld, Goltd. A. 69, S. 307, Wegner, Ref. S. 113.
[5]) Gerland a. a. O. S. 55 meint, objektiv und subjektiv liege bei jedem Zusammenwirken mehrerer zum Erfolg ein Erleichtern vor, da mehrere immer leistungsfähiger seien als ein einzelner. Begrifflich undenkbar sei eine Mittäterschaft, die die Ausführung des Verbrechens als solche nicht erleichtere. Siehe auch Kern a. a. O. S. 151, Wach a. a. O. S. 536, Lilienthal, Mon. Krim. 1925, S. 120, Oetker, Ger. S. 94, S. 2.

Erfolgs erschweren und nicht erleichtern.[1]) Diesen Bedenken ist beizustimmen. Der E. 25 hätte besser getan, die präzisere Formulierung des St.G.B. beizubehalten.

Einen großen Fortschritt bringt der E. 25 aber in der Frage der Akzessorietät. § 27 betont, daß die Strafbarkeit der Teilnehmer unabhängig sei von der Strafbarkeit des Täters. Dieser muß aber eine strafbare Handlung begangen haben, wenn die Teilnehmer zur Strafe gezogen werden sollen. Strafbare Handlung ist nach § 23 auch die versuchte Begehung eines Verbrechens. Die Teilnahme ist also abhängig von der wenigstens versuchten Begehung eines Delikts. Dieses Delikt muß rechtswidrig sein. Ist die Rechtswidrigkeit der Tat ausgeschlossen, dann liegt nach §§ 20, 21 auch keine strafbare Handlung vor. Wir haben somit die Anerkennung der limitiert akzessorischen Form der Teilnahme.[2]) Die schuldhafte Begehung ist nicht mehr Voraussetzung für die Strafbarkeit des Teilnehmers — eine wichtige Neuerung.[3]) Die umständliche Regelung des E 19 ist auf diese Weise „spielend überwunden". Der Begriff der mittelbaren Täterschaft ist damit zum größten Teil überflüssig geworden.[4]) Die Streitfragen über den Irrtum über die Zurechnungsfähigkeit sind erledigt. Die mittelbare Täterschaft wird zum größten Teil unter dem Begriff der Anstiftung gefaßt.

Das 3. Buch des Entwurfs schreibt Maßnahmen der Besserung und Sicherung bei „gemeinschädlichem Verhalten" vor. Da dies Strafen nicht sind, ist Anstiftung und Beihilfe dazu nicht möglich.

Es ist nicht ganz richtig, wenn § 27 überschrieben ist „Selbständige Strafbarkeit des Teilnehmers". Denn die limitiert akzessorische Form wird von der Begründung anerkannt; die Begehung einer rechtswidrigen Handlung wird also vorausgesetzt. Die Begründung meint,[5]) bezüglich Ort und Zeit und Verjährung sei sie von der Haupttat unabhängig. Wenn aber die Abhängigkeit im Sinn der limitiert

---

[1]) Siehe Grünhut, Z.St.W. 47, S. 496, Oetker a. a. O.

[2]) Hippel a. a. O. S. 59, Lilienthal a. a. O. S. 121, meinen, die Akzessorietät sei aufgehoben. Das stimmt aber nur, wenn sie damit die extrem akzessorische Form meinen.

[3]) Gerland a. a. O. S. 53 nennt die gegebene Lösung eine glückliche. „Die ganzen Schwierigkeiten der mittelbaren Täterschaft sind, man möchte sagen, spielend überwunden." Siehe auch Kern a. a. O. S. 146, Wach, D.J.Z. 1925, S. 537.

[4]) Begründung S. 25.

[5]) S. 26.

akzessorischen Form geregelt ist, so sind hieraus auch alle Konsequenzen zu ziehen, die sich hinsichtlich Ort, Zeit und Verjährung ergeben.

Eine versuchte strafbare Teilnahme kennt der E. 25 nicht.[1]) Sollte es strafwürdige Fälle versuchter Teilnahme geben, so müßten Sonderbestimmungen aufgestellt werden, vergl. § 182, wo die versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen unter Strafe gestellt wird.

Den Teilnehmer trifft Täterstrafe, wenn das begangene Verbrechen seiner Vorstellung entspricht. Für Exzeß des Täters haftet der Teilnehmer nicht. Wird aber der Erfolg vom Täter auch fahrlässig herbeigeführt, so haftet der Teilnehmer nach § 15 auch dafür.

Die Regelung über die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse bringt § 28. Dessen erster Absatz bestimmt: „Wenn besondere Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafbarkeit der Tat begründen, so sind der Anstifter und Gehilfe strafbar, wenn diese Umstände bei ihnen oder beim Täter vorliegen. Liegen diese Umstände beim Täter nicht vor, so kann seine Strafe gemildert werden." Strafbar macht sich also wie de lege lata, wer zu einem Amtsverbrechen anstiftet oder Beihilfe leistet. Strafbar macht sich aber auch der Extraneus, der einen geisteskranken Intraneus zur Begehung eines Amtsverbrechens veranlaßt, denn es ist auch Teilnahme an schuldlos begangenen, aber rechtswidrigen Taten strafbar.[2]) Bisher mußte dieser straflos gelassen werden, da der veranlassende Extraneus mangels Tätereigenschaften als mittelbarer Täter nicht bestraft werden konnte. Veranlaßt umgekehrt derjenige, bei dem die besonderen Eigenschaften vorliegen, einen andern, der diese Eigenschaften nicht hat, dann macht der Anstifter sich der Teilnahme schuldig, falls der Bestimmte überhaupt ein Delikt begangen hat. Wenn der Verwandte den Nichtverwandten zum Beischlaf mit seiner (des Verwandten) Schwägerin veranlaßt, dann liegt Blutschande nicht vor. Denn diese kann nur ein Verwandter begehen. Eine rechtswidrige Handlung ist nicht gegeben, ebensowenig wenn der Nichtverwandte geisteskrank ist. § 28 Abs. 2 bringt dieselbe Regelung wie § 50 St.G.B.

[1]) Begründung S. 92.

[2]) Gerland a. a. O. S. 57 findet diese Möglichkeit sonderbar. Er faßt den Extraneus als mittelbaren Täter auf. Er werde als solcher nach dem E. bestraft, obwohl ihm die Beamteneigenschaft fehle. Der Extraneus ist aber nicht mittelbarer Täter, sondern Anstifter.

Im allgemeinen bedeutet der E. 25 gegenüber dem geltenden Strafrecht eine wesentliche Verbesserung.[1]) Die größte Verbesserung ist zweifellos der Bruch mit der extrem akzessorischen Form der Teilnahme, deren unbequeme Begleiterscheinungen mit einem Schlag verschwunden sind. Wünschenswert wäre gewesen, den Begriff der Beihilfe ganz aufzugeben und in der Mittäterschaft aufgehen zu lassen. Wenn man schon den Gehilfen in der Bestrafung dem Täter gleichsetzt, eine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Beihilfe aber schwer durchzuführen ist, dann hätte man auch den Schritt vollends gehen und den Begriff der Beihilfe ganz fallen lassen müssen.[2])

---

[1]) Wach, D.J.Z. 1925, S. 535 ff hält die Bestimmungen über die Teilnahme in E. 25 für verfehlt. Er hält es für einen Fehler, daß der heutige mittelbare Täter dem Anstifter gleich gestellt wird, weil der Vorsatz beider verschieden sei. Der Anstifter habe nie Tätervorsatz. Er polemisiert auch gegen den Strafrahmen des Gehilfen.

[2]) Siehe dazu Lilienthal, Mon. Krim. 1925, S. 121.

II. Abschnitt.

Der Entwurf 1927.

§ 6. Die Akzessorietät.

Der Entwurf bricht mit der extrem akzessorischen Form der Teilnahme. Im § 31 E. 27 wird die Strafbarkeit des Anstifters und Gehilfen unabhängig gemacht von der Strafbarkeit dessen, der die Tat ausführt. Voraussetzung für die Bestrafung von Anstiftung und Beihilfe ist aber nach wie vor die Begehung der Tat durch einen andern.

Zunächst unterscheidet sich rein äußerlich § 29 E. 27 von § 48 St.G.B. dadurch, daß de lege lata die Strafbarkeit der Anstiftung von der Begehung einer „strafbaren Handlung" abhängig gemacht wird, der Entwurf aber von der „Tat", die ein anderer ausführt, redet. Gleicherweise spricht § 30 E. 27 von der „Tat" eines andern, während in § 49 St.G.B. die Fassung „Begehung eines Verbrechens oder Vergehens" gebraucht wird.

Diese „Tat" muß eine strafbare sein. § 31 E. 27 macht die Strafbarkeit der Teilnehmer auch nur unabhängig von der Strafbarkeit des Täters, nicht aber von der Strafbarkeit der Tat.[1]) Denn das Strafrecht hat keine Veranlassung, den Teilnehmer an einer straflosen Tat zur Rechenschaft zu ziehen. Wer zur Begehung einer rechtmäßigen Tat Beihilfe leistet, kann, wenn der Täter straflos bleibt, auch nicht bestraft werden. Unter der „Tat" des Entwurfs ist also nichts anderes als eine strafbare Tat zu verstehen, zum Unterschied aber von dem Begriff der strafbaren Handlung des geltenden Rechts.

Unter der strafbaren Handlung versteht das Strafgesetzbuch eine schuldhafte und rechtswidrige Handlung. Aus § 51 St.G.B. ergibt sich, daß beim Fehlen des Verschuldens eine strafbare Handlung nicht vorliegt. Soll im Entwurf nun dasselbe verstanden werden? Der Wortlaut der Teilnahmebestimmungen läßt eine andere Lesart an sich nicht zu. Auch § 31 E. gibt über den Charakter der strafbaren

[1]) Begründung S. 30.

Handlung, der „Tat", keinen Aufschluß. Es scheint so auf den ersten Blick, wie wenn der Entwurf das geltende Recht übernommen hätte und Teilnahme nur bei schuldhaft begangenen und rechtswidrigen Handlungen kennt.

Tatsächlich versteht aber der E. unter dem Begriff der „Tat" etwas anderes als das St.G.B. unter dem Begriff der „strafbaren Handlung". Das geht ganz einwandfrei hervor aus dem 2. Abschnitt des Entwurfs, der überschrieben ist „Die strafbare Handlung". Nach § 23 E. liegt eine strafbare Handlung nicht vor, „wenn das öffentliche oder bürgerliche Recht die Rechtswidrigkeit der Tat ausschließt." Steht dem Täter ein Rechtfertigungsgrund zur Seite (Notwehr § 24 E.), so liegt also eine strafbare Handlung nicht vor, zu einer „Tat" kann man nicht anstiften oder Hilfe leisten. Andererseits heißt es in § 12 E., nicht strafbar sei, wer zur Zeit der Tat nicht zurechnungsfähig ist, strafbar sei nur, wer vorsätzlich oder fahrlässig handelt (§ 16 E.). Es sagen also diese Bestimmungen nicht, eine „Tat" sei nicht vorhanden. Vielmehr schließen diese nur die Strafbarkeit des Täters aus, nicht aber die der Tat.

Daß der Entwurf von diesem Begriff der „Tat" ausgeht, beweist auch der an und für sich unnötige § 31 E. Dieser § 31 E. hätte keinen Sinn, wenn man unter der „Tat" eine schuldhafte, rechtswidrige verstünde. Würde der Täter schuldlos handeln, dann wäre er straflos. Eine strafbare Handlung läge aber nicht vor, Teilnahme daran wäre nicht möglich. Die Bestimmung des § 31 E. wäre also unverständlich. Der Entwurf will aber dieser Konsequenz gerade entgehen, indem er die Abhängigkeit der Strafbarkeit des Teilnehmers unabhängig macht von der des Täters. Er versteht also unter „Tat" eine objektiv rechtswidrige, tatbestandsmäßige Handlung. Es genügt somit zur Tat die Erfüllung des objektiven Tatbestandes. Die Erfüllung des subjektiven Tatbestands wird nicht gefordert. Liegt daher auf Seiten des Täters ein Rechtfertigungsgrund vor, dann fehlt es auch an der „Tat", sodaß Teilnahme nicht möglich ist. Ein Schuldausschließungsgrund dagegen ist für die Strafbarkeit des Teilnehmers unbeachtlich.

So anerkennt denn auch der Entwurf, daß die Handlungen Unzurechnungsfähiger Handlungen im Rechtssinn sind und nicht den Handlungen toter Werkzeuge gleichstehen. Der Entwurf kehrt sich

somit von der Auffassung des Reichsgerichts und eines Teils der Literatur ab und schließt sich der richtigen Meinung an. Damit hat der Entwurf die limitiert akzessorische Form der Teilnahme zur Anerkennung gebracht in Fortführung der Forderungen in der Literatur und der Entwürfe.

Es wäre aber besser gewesen, wenn der Entwurf statt des bloßen Ausdrucks „Tat" die Wendung „mit Strafe bedrohte Tat" oder „strafbare Handlung" durchweg wie im E. 25 gesetzt hätte. „Tat" ist eben jede Veränderung der Außenwelt, ob sie nun rechtmäßig oder unrechtmäßig geschieht. An einer rechtmäßigen Tat kann es aber keine strafbare Teilnahme geben. Der Entwurf versteht aber unter „Tat" gerade eine strafbare. Dieser Ausdruck ist insofern irreführend. Anscheinend wollte man mit der Verwendung dieses Wortes Verwechslungen mit dem heute geltenden Begriff der strafbaren Handlung vermeiden. Die Strafrechtskommission hatte sich auch für die limitiert akzessorische Form der Teilnahme in erster Lesung entschieden. Sie hat als Anstifter bestraft, „wer vorsätzlich einen andern zur Ausführung einer mit Strafe bedrohten Tat bestimmt hat." Abgelehnt wurde in erster Lesung die Fassung „strafbare Handlung", um einer Verwechslung mit dem Begriff de lege lata zu entgehen und um so nicht den Anschein zu erwecken, als verlange die Kommission für die Strafbarkeit der Teilnahme auch schuldhafte Begehung. In zweiter Lesung allerdings wurde wieder von „strafbare Handlung" gesprochen, da die extrem akzessorische Form wieder eingeführt wurde.

Nach dem Jugendgerichtsgesetz gilt schon die limitiert akzessorische Form. § 4 J.G.G. bestraft den Anstifter und Gehilfen als solchen, trotzdem die Kinder und die Jugendlichen, denen die Einsicht fehlt, unzurechnungsfähig sind. Nach § 2 J.G.G. ist nicht strafbar, „wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, ehe er 14 Jahre alt geworden ist." Im Interesse der Uebereinstimmung sollte diese Wendung im Entwurf aufgenommen werden.

Die Bestimmung des § 31 E. ist überflüssig und kann gestrichen werden. Denn aus ihr allein ergibt sich noch nicht, daß das Verschulden des Täters nur seine Strafbarkeit berührt und nicht die des Teilnehmers. Dies kann man nur aus den §§ 12, 16 und 23 E. folgern. Sie also geben erst dem § 31 E. einen Sinn, den er aus sich heraus nicht hat.

So bleibt also die Teilnahme von der Begehung eines Verbrechens abhängig, aber nur von der Begehung eines objektiven, mit Strafe bedrohten, rechtswidrigen Verbrechenstatbestandes. Das Vorhandensein der Rechtswidrigkeit genügt. Wesentlich ist also nur noch die Frage nach dem Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes. Ist ein solcher nicht gegeben, so liegt eine strafbare Handlung, eine „Tat" vor. Zu dieser Lösung kam der Entwurf aus praktischen Gründen, aus Gründen, die man der verfehlten Regelung der Akzessorietät im geltenden Recht entnommen hat.

§ 7. Die Mittäterschaft.

Im Gegensatz zum E. 25 hat der E. 27 den Begriff der Mittäterschaft wieder aufgenommen. Der E. 25 glaubte ohne diesen Begriff auskommen zu können. Denn es „kann auch ohne eine Definition kein Zweifel bestehen, daß ein Mittäter auch dann wegen vollendeten Verbrechens zu bestrafen ist, wenn der Erfolg nicht durch seine eigene Handlung, sondern durch die Handlung eines andern Mittäters herbeigeführt worden ist." [1])

Es wurde oben dargelegt, welche Bedenken diese Regelung erweckt hat. Der E. 27 hat richtigerweise den Mangel des E. 25 behoben und die Mittäterschaft im § 28 E. 27 definiert. Diese Bestimmung entspricht vollkommen dem § 47 St.G.B. Sprachlich weicht § 28 E von § 47 St.G.B. insofern ab, als § 28 E wieder von der gemeinschaftlichen Ausführung einer „Tat" spricht, § 47 dagegen von der gemeinschaftlichen Ausführung einer „strafbaren Handlung."

Nun ist für den Begriff der Mittäterschaft wesentlich die Gemeinschaftlichkeit der Ausführung. An der Ausführungshandlung muß einer also beteiligt sein, wenn er zum Mittäter werden soll. Verfolgt man die Entwicklung des Strafrechts, so findet man zunächst nur den Täterbegriff. Man bestraft nur den, der den Erfolg allein und unmittelbar verwirklicht hat. Anstifter oder Gehilfen sind unbekannt. Nur wer unmittelbar den Tatbestand des Verbrechens setzt, wird zur Rechenschaft gezogen. Wer also stiehlt, hat die fremde bewegliche Sache wegzunehmen und sich anzueignen. Allmählich erkannte man, daß nicht nur der unmittelbar den Tatbestand Setzende strafwürdig sei, sondern auch die sonst bei der Verbrechensbegehung Mitwirkenden.

[1]) Begründung S. 25.

Man erweiterte aber nicht den Täterbegriff und stempelte jedes Tun als Täterhandlung, sondern man schuf Strafausdehnungsgründe. Man stellt Täter und Teilnehmer einander gegenüber, scheidet die Ausführungshandlung, die der Täter begeht, scharf von der Handlung, die der Teilnehmer begeht. So verstand man unter dem Täter, wer die speziell verbotene Handlung allein und unmittelbar begeht. Der Täterbegriff brauchte gar nicht besonders aufgestellt zu werden, da man aus den verbotenen Handlungen entnehmen konnte, was einer tun muß, um Täter zu sein. Bei diesem Begriff blieb man aber nicht stehen, da er das Gebiet der Täterschaft sehr eingeengt hätte.

Bei den Tätigkeitsdelikten war der Alleintäter einfach zu bestimmen. Es ist eben der Handelnde, der die verbotene Tätigkeit vornimmt, wer also z. B. in eigener Person vor einer Behörde einen falschen Eid schwört oder wer eine unzüchtige Schrift feil hält. Zweifel dagegen konnten entstehen bei den Erfolgsdelikten. Was heißt „töten"? Täter ist zunächst sicher, wer allein und eigenhändig einen Menschen mittels eines Schusses ums Leben bringt. Wie aber, wenn jemand (nach Kohler) seinen Feind an den Abgrund lockt, sodaß er hinunterstürzt und umkommt? Kann man hier sagen, er hat getötet? Rein sprachlich scheidet diese Annahme aus. Aber Täter ist er trotzdem, denn er hat den Erfolg, den Tod verursacht.

Der Entwurf läßt sich über den Täterbegriff folgendermaßen aus: Täter sei bei den Erfolgsdelikten, „wer für den verpönten Erfolg in solcher Weise tätig wird, daß seine Handlung mit dem im Tatbestand gebrauchten Ausdruck bezeichnet werden kann, von dem man also, ohne der Sprache Gewalt anzutun, sagen kann, er selbst habe „getötet" (§ 245), „beschädigt" (§ 326) oder „weggenommen" (§ 328). Eine solche Auffassung wird dadurch, daß sich zwischen die Tätigkeit und den Erfolg Handlungen anderer Personen einschieben, nicht ausgeschlossen, wenn diese Personen bloß als blinde Werkzeuge in der Hand des Täters erscheinen und nicht etwa nur wegen Zurechnungsunfähigkeit schuldlos sind, sondern nicht einmal im rein psychologischen Sinne vorsätzlich handeln!" [1]) Nimmt man aber obiges Beispiel Kohlers, so kann man nicht sagen, ohne der Sprache Gewalt anzutun, der den Tod Verursachende habe „getötet". Indem man so auch die Verursachungs-

[1]) Begründung S. 27.

handlung als Tötungshandlung auffaßte, wich man von dem Erfordernis der eigenhändigen unmittelbaren Begehung ab und verschaffte dem Täterbegriff den richtigen Umfang. Noch weiter geht das geltende Recht aber, wenn es eine mittelbare Täterschaft kennt, wenn der Täter den Erfolg durch einen Geisteskranken, durch ein doloses Werkzeug herbeiführen läßt. Man hat damit Fälle als Täterschaft gestempelt, die es in Wirklichkeit nicht sind und hat so zwei verschiedene Erscheinungen unter einen Begriff gebracht.

Die Strafdrohungen richten sich nur gegen den Alleintäter. Will man die mehreren, die den Erfolg verursacht haben, als Mittäter zur Strafe ziehen, so bedarf es einer besonderen Bestimmung, da sich aus den speziellen Strafnormen nicht herauslesen läßt, daß auch die mehreren als Mittäter bestraft werden sollen. Die Mittäterschaft ist also Strafausdehnungsgrund, genau wie die Teilnahme.

So verhält es sich auch beim Versuch. Ohne die Bestimmung des § 26 E wäre der Versuch nicht strafbar. Die Begründung [1]) bezeichnet aber auch den als Täter, der das Verbrechen bloß zu begehen versucht. Daß dieser Täterbegriff mit dem der einzelnen Strafbestimmungen nicht identisch sein kann, ist klar. Dieser Täterbegriff des § 26 E ist weiter gefaßt. Die Begründung führt bezüglich der Mittäterschaft aus, daß auch sie Täterschaft sei. „Der sogen. Mittäter, der eine strafbare Handlung „gemeinschaftlich" mit einem andern „ausführt" (§ 47 des geltenden Strafgesetzbuches), ist Täter und nicht Teilnehmer im technischen Sinn, weil er selbst, wenn auch gemeinschaftlich mit anderen, die strafbare Handlung „ausführt"." Daraus ergibt sich, daß man unter dem „Täter" den Täter im weiteren Sinn, also wie beim Versuch, zu verstehen hat und daß die Mittäter erst auf Grund der Bestimmung des § 28 E bestraft werden können, weil sie nicht Täter im Sinn der speziellen Strafgesetze sind.[2])

[1]) S. 27.

[2]) Der E. 25 hat bekanntlich keine Begriffsbestimmung der Mittäterschaft aufgenommen. Die Begründung S. 25 sagt auch, daß „Täter" sei, wer die Verbrechensbegehung versucht habe und sagt dann weiter: „Nach der Auffassung des Entwurfs ist auch der sogen. Mittäter, der eine strafbare Handlung „gemeinschaftlich" mit einem anderen „ausführt" (§ 47 des geltenden Stafgesetzbuches) Täter und nicht Teilnehmer. Er ist Täter, weil er die strafbare Handlung „ausführt", sei es auch gemeinschaftlich mit anderen. Das ist so selbstverständlich, daß es nicht gesagt zu werden braucht." Wenn der E. 25 als „Täter" bezeichnet, wer die strafbare Handlung zu begehen versucht und den Mittäter dem gleichen Begriff unterwirft, für den Versuch aber eine besondere Bestimmung aufstellt, weil er sonst nicht strafbar

In scharfen Gegensatz zum Alleintäter setzt also der Entwurf den Mittäter, der in Gemeinschaft mit anderen die Tatbestandshandlung ausführt. Keine Schwierigkeit macht der Fall, wenn A und B aus einer Geldkasse Banknoten stehlen. Es liegt bei A und B je vollendete Täterschaft vor. Jeder von ihnen hat den ganzen Tatbestand des § 328 E erfüllt. Anders aber der Fall, wenn A und B auf den C schießen und dieser an der Summe der Verwundungen stirbt. In diesem Fall haben A und B durch ihr Zusammenwirken den Tod des C herbeigeführt, nicht einer allein. Sind sie sich ihrer Gemeinschaftlichkeit bewußt, so werden sie als Mittäter wie der Täter bestraft.

Was ist nun das Charakteristische an der Mittäterschaft? Welches Moment verbindet die zur Tatbestandsverwirklichung Mitwirkenden zu Mittätern?

Man sucht die Lösung dieser Frage auf verschiedenen Wegen.

Kohler[1]) erblickt in jedem Mitwirkenden einen Täter. „Wer immer bei der Tat selbst mitwirkt, ist, auch wenn er nur eine Bedingung setzt, unter welcher die Kausalkraft einwirken kann, stets streng genommen Täter bzw. Mittäter und nicht bloßer Gehilfe." Jeder hafte also für den Gesamterfolg, auch wenn er eine noch so geringe Mitwirkung leistet. Denn er benutze zugleich die Kausalkraft, die der andere anstieß. Er benutze sie, weil er auf die Tat der übrigen rechne und zu rechnen veranlaßt sei, ebenso wie wenn er zu erwarten hätte, daß auf anderem Weg eine Naturkraft sich entfalten würde. Ebenso wie jemand verantwortlich sei, wenn er einen anderen zum Abgrund locke, in den dieser in der Dunkelheit hineinstürze, so sei er es auch dann, wenn am Abgrund Feinde lauerten, die den Angelockten hineinstürzten.

Es wurde schon dargelegt, daß objektiv auf Grund der Kausaltheorien ein Unterschied zwischen Täter und Teilnehmer nicht zu machen ist, daß auch vor allem die Willensrichtung eine entscheidende Rolle spielt. Nach der Theorie Kohlers liegt der Mittäterschaft also gar nichts Besonderes zu Grunde. Wenn aber der Führer der

wäre, so müßte man erwarten, daß auch für den Mittäter eine besondere Bestimmung aufgestellt wird, da er sonst nicht strafbar ist. Denn „Täter" kann er nur im weiteren Sinn sein, da er von den speziellen Strafbestimmungen nicht erfaßt wird. Es hätte also geradeso wie für den Versuch eine besondere Bestimmung für die Mittäterschaft gebracht werden müssen.

[1]) Studien I S. 92 ff., siehe auch Wuttig S. 106.

wohl organisierten Diebesbande beim Diebstahl nur Wache steht, so verursacht er nach der Kohlerschen Kausalitätstheorie nicht, da seine Handlung nicht die Existenz erregt und doch wird man ihn für genau so strafwürdig halten wie die anderen Mitglieder der Diebesbande, die den Diebstahl ausführen. Es gibt also Fälle, bei denen es Verantwortliche gibt, die nicht verursacht haben. Wenn man sie aber trotzdem als Mittäter bestraft, dann deshalb, weil sie die von den Mittätern gemeinschaftlich ausgeführte einheitliche Handlung, die den Erfolg verursachen soll, mit den andern begehen wollen. Es genügt, wenn diese einheitliche Handlung den Erfolg verursacht. Eine Teilhandlung für sich allein braucht in diesem Fall nicht selbständig zu verursachen. Selbstverständlich muß auch der Wille des Mittäters auf die Verursachung gerichtet sein.

Eine andere Lehre stellt auf subjektive Gesichtspunkte ab. Sie sieht im Verschulden die Ergänzung der teilweise erfolgten Tatbestandsverwirklichung. Da der Vorsatz jedes Mittäters auf die Vollendung der strafbaren Handlung gerichtet ist, ist der Vorsatz jenes Moment, das die Mitwirkenden zu Mittätern verbindet. Nach dieser Ansicht haftet der Mittäter also infolge seines Verschuldens für die von den andern Mittätern begangenen Handlungen. An dieser Notwendigkeit scheitert aber gerade diese Theorie. Lediglich die formale Schuld kann nicht die Haftung für fremdes Tun herbeiführen. Die Kenntnis, daß andere an der Tatbestandsverwirklichung beteiligt sind, vermag eine Strafbarkeit nicht zu erhöhen, geschweige denn zu begründen. Man haftet nur für das, was man getan und verschuldet hat.

Die herrschende Lehre [1]) sieht das die Mittäterschaft begründende Moment im „Bewußtsein der Gemeinschaftlichkeit“ [2]), „im bewußten und gewollten Zusammenwirken“. Sie stellt also nicht lediglich auf das formale Verschulden ab, sondern geht darüber hinaus. Diesem „Bewußtsein der Gemeinschaftlichkeit“ liegt ein gemeinschaftliches Handeln zu Grunde. Wenn mehrere aber unabhängig voneinander durch die Summe ihrer Handlungen einen Erfolg herbeiführen, so kann von einer einheitlichen Handlung nicht geredet werden. Jeder begeht eine Ausführungshandlung unabhängig vom andern, jeder begeht sie, ohne

[1]) Frank S. 111, Olshausen § 47 Nr. 7, Mayer, Allg. Teil S. 381, Wachenfeld, Lehrb. S. 198 f., Finger, Lehrb. I S. 341. Beling, L. v. V. S. 410 spricht von „Aneignung“ der Schuld der andern. Siehe auch Binding, Strafr. Abh. I S. 293.

[2]) Frank a. a. O.

vom andern zu wissen. Jeder beabsichtigt, den Erfolg ganz allein herbeizuführen und den Verbrechenstatbestand ganz allein zu setzen.

Anders bei der Mittäterschaft. Hier liegt eine einheitliche Handlung vor. Es wäre ganz verfehlt, die Teilhandlungen jedes einzelnen zu betrachten. Nur die Betrachtung der von allen Mitwirkenden zusammen ausgeführten Handlung kann eine richtige Würdigung des Geschehens ergeben. Jeder der Mittäter hat einen Teil der Ausführung übernommen, der zur Geltung nur zusammen mit den Handlungen der andern kommt. Die Arbeitsteilung schreibt jedem seine Rolle zu. Jeder ist dem andern gleichgeordnet. Jeder vollbringt seine Handlung nur in Gemeinschaft mit den andern, mit denen seine Handlung auch den richtigen Sinn und Zweck erhält. Geradeso wie der Alleintäter eine Handlung begeht, kann diese gleiche Handlung von mehreren begangen werden, ohne daß man von mehreren voneinander unabhängigen Handlungen reden kann. So ist also die Zusammenfassung aller Einzel- und Teilhandlungen in Wirklichkeit eine einzige Handlung aller Mitwirkenden. Sie stellen eine Gemeinschaft dar, die im Bewußtsein ihrer Gemeinschaftlichkeit handelt. Der Erfolg ist nicht die Folge der Summe der Einzelhandlungen, wie es bei den unabhängig voneinander Handelnden der Fall ist, sondern die Folge der Einheit der Handlung, die nach den Prinzipien der Arbeitsteilung in verschiedene voneinander abhängige Teilhandlungen aufgelöst wurde.

Ob eine solche Gemeinschaft aber vorliegt, hängt davon ab, ob sie sich dessen bewußt sind. Denn eine solche kann natürlich nur bestehen, wenn sie ihnen bekannt ist und sie sie wollen [1]).

Von dieser Grundlage aus kann auch das Problem der fahrlässigen Mittäterschaft gelöst werden. Die herrschende Lehre lehnt die Möglichkeit der Mittäterschaft an fahrlässigen Delikten ab [2]). Es wird dies damit begründet, daß zwischen den Mittätern Einverständnis herrschen müsse, daß sie sich der Gemeinschaftlichkeit ihres Tuns

[1]) Gut Bierling S. 148: „Von dem Anstifter unterscheidet sich der Mittäter dadurch, daß er sich nicht begnügt, den andern zu einem gewissen Handeln zu bestimmen, sondern mit diesem andern dergestalt zusammenwirkt, daß die von beiden vorgenommene Handlung als ein Ganzes, als gemeinschaftliche Ausführung eines von beiden gefaßten Plans sich darstellt."

[2]) Liszt, Lehrb. S. 222, Olshausen § 47 Nr. 10, Mayer, Allg. Teil S. 382, Allfeld, Lehrb. S. 219, Wachenfeld, Lehrb. S. 202, Finger, Lehrb. I S. 342, Birkmeyer, Teiln. S. 137, Schmidt, Grundriß S. 145, Berner, Lehrb. S. 159 ff.

bewußt sein müssen, und daß dies eben nur bei vorsätzlichem Handeln der Fall sein könne. Eine fahrlässige Teilnahme sei psychologisch nicht möglich [1]). Mayer führt dazu aus, daß bei fahrlässigem Handeln eine Mittäterschaft nicht möglich sei, da das Bewußtsein des Zusammenwirkens fehle. „Mit einem fahrlässigen Zusammenwirken kann allerdings die Vorstellung, etwas gemeinsam zu unternehmen, verbunden sein, nicht aber der die Teilakte zusammenfassende Entschluß, den Erfolg gemeinschaftlich zu verursachen." Dagegen führen andere [2]) an, daß das Bewußtsein der Gemeinschaftlichkeit sich gar nicht auf den Erfolg zu beziehen brauche, sondern nur auf das Handeln und bejahen somit die Mittäterschaft am fahrlässigen Delikt.

Faßt man die Mittäterschaft als eine Gemeinschaft auf, so ist klar, daß bei ihr in der Person der verschiedenen Mittäter die verschiedensten Schuldarten vorliegen können. Von einer Einheit redet man nicht nur, wenn alle vorsätzlich handeln. Eine Einheit liegt genau so vor, wenn ein Geisteskranker sich an der Begehung beteiligt, oder der eine fahrlässig, der andere vorsätzlich handelt. Denn diese Verschiedenheit des Verschuldens der einzelnen Beteiligten entspricht durchaus den Erfahrungen des täglichen Lebens. Die Gemeinschaft der Mittäter hängt rein vom tatsächlichen Vorgang ab, nicht von den Schuldarten der einzelnen Mitwirkenden. Es genügt mit Frank, daß sich die Mitwirkenden der Gemeinschaftlichkeit ihres Handelns bewußt sind. Auf den durch diese Handlung hervorgerufenen Erfolg braucht sich das Bewußtsein der Gemeinschaftlichkeit nicht zu erstrecken.

Es wird somit jedem, dem vorsätzlich oder fahrlässig Handelnden die ganze Tat zugerechnet, wenn er auch nur einen Teil des Tatbestandes setzt. Die Bestrafung selbstverständlich richtet sich nur nach der Schuldform des Einzelnen. Es ist nicht einzusehen, weshalb nicht die zwei Arbeiter als Mittäter der fahrlässigen Tötung bestraft werden sollen, wenn sie einen Balken vom Baugerüst auf die Straße werfen und einen unten Vorübergehenden durch ihre Unachtsamkeit töten.[3]) Oder weshalb nicht Mittäterschaft vorliegen soll, wenn nach dem Beispiel von Binding [4]) mehrere Leute schwere Güterwagen

[1]) Schmidt a. a. O.

[2]) Frank § 47 III, Lobe, Lpz. Komm. S. 244, Binding, Grundriß S. 152, Strafr. Abh. I S. 293 ff., 353, Ger. S. 76, S. 103 f., Hälschner, Lehrb. I S. 422 ff, Nagler S. 75, Wuttig S. 105.

[3]) Nach Wachenfeld, Lehrbuch S. 200 ist dies Nebentäterschaft.

[4]) Strafr. Abh. S. 291.

einem fälligen Schnellzug in die Flanke schieben, wodurch mehrere Personen getötet und verletzt werden. Die einen handelten vorsätzlich, andere fahrlässig oder schuldlos. Es wäre verfehlt, hier Mittäterschaft auszuschließen, weil nicht alle vorsätzlich gehandelt haben.[1])

§ 28 E sagt zwar nichts darüber, ob die Mittäter vorsätzlich handeln müssen, oder ob Mittäterschaft auch bei fahrlässig Handelnden möglich ist. Man muß aber aus der ganzen Tendenz des Entwurfs auf diese Möglichkeit schließen. Wenn er bei der Frage der strafbaren Handlung die subjektive Seite nicht berücksichtigt, sondern vielmehr das Gewicht auf die Herbeiführung des rechtswidrigen Erfolges legt, so muß dieser Erfolg auch bei der Mittäterschaft im Vordergrund stehen. Mittäter sind daher die, die den Erfolg durch die gemeinschaftliche Ausführung der strafbaren Handlung herbeigeführt haben. Dieser Erfolg kann aber von vorsätzlich oder fahrlässig, oder vorsätzlich und fahrlässig Handelnden herbeigeführt werden. So wird es entsprechend auch Mittäterschaft bei schuldhaft und schuldlos Handelnden geben. Letzteres ist zwar de lege lata nicht möglich, da der Schuldlose eine strafbare Handlung nicht begeht, bei der Mittäterschaft eine solche aber von den Mittätern begangen werden muß.

Der Streit der Strafrechtslehre, ob die Mittäterschaft de lege lata Täterschaft oder Teilnahme ist, wird durch die Begründung zum E. beendet. Zwar steht systematisch die Mittäterschaft im 4. Abschnitt, der die Ueberschrift „Teilnahme" trägt. Man kann auch von dem Gesichtspunkt aus, daß Mittäterschaft Mitwirkung an der Setzung eines Verbrechenstatbestandes mit andern ist, die Mittäterschaft als Teilnahme auffassen.[2]) Das wäre aber eine Teilnahme im weiteren Sinn. Denn Anstiftung und Beihilfe ist Teilnahme an fremder Tat, Mittäterschaft wäre aber Teilnahme an eigener Tat, da jeder zusammen mit anderen „ausführt". Auch ließe sich die Akzessorietät auf die Mittäterschaft nicht anwenden.[3]) Die Strafbarkeit des Mittäters

[1]) Siehe dazu Merkel, Lehrbuch S. 143, Mittermaier Z.St.W. 21, S. 242f., Hälschner, Lehrbuch I S. 442, Wuttig S. 112, Oetker, Ger. S. 94, S. 16, Merkel-Liepmann S. 164.

[2]) Nach Birkmeyer, Teilnahme S. 148 ist der Mittäter Teilnehmer. „Der Mittäter begeht das Verbrechen nicht selbständig, sondern beteiligt sich nur an der Ausführung desselben. Die Handlung des Mittäters wird daher strafbar erst, wenn andere Mittäter den fehlenden Teil der Verursachung hinzufügen. Wie Anstifter und Gehilfe in akzessorischem Verhältnis zum Täter, so stehen die Mittäter in akzessorischem Verhältnis zueinander."

[3]) Bar, Gesetz und Schuld II S. 708. Dazu Binding, Ger. S. 76, S. 98, Birkmeyer, Vergl. Darst. S. 146, Lobe, Lpz. Komm. S. 240.

hängt nicht von der rechtswidrigen Begehung einer strafbaren Handlung durch einen anderen ab. Die Strafbarkeit des Mittäters folgt schon aus seiner Ausführungshandlung. Die Handlungen des Anstifters und Gehilfen sind dagegen lediglich Vorbereitungshandlungen, die an und für sich straflos sind, strafbar — wie ausgeführt — erst durch das Hinzutreten der Begehung der Haupthandlung werden. Die Tat des Mittäters ist aber schon Begehung der Haupttat, wenn auch nur eine teilweise. Es ist somit richtig, wenn die Mittäterschaft als Täterschaft im weiteren Sinn, zum Unterschied von der Täterschaft, die sich aus den einzelnen Strafdrohungen ergibt, aufgefaßt wird.[1])

Es ist festzustellen, daß die Mittäterschaft streng von der Alleintäterschaft getrennt wird und nur auf Grund der Bestimmung des § 28 E bestraft werden kann, daß sie also Strafausdehnungsgrund ist, wie Anstiftung, Beihilfe und Versuch. Der E. 27 hat den Fehler des E. 25 somit wieder beseitigt. Hierzu äußert sich die Begründung des E. 27[2]), daß gegen die Regelung des E. 25 Bedenken erhoben worden seien, „insbesondere für die Fälle, in denen nicht alle Tatbestandsmerkmale durch die Tätigkeit jedes einzelnen verwirklicht worden sind, und in denen es deshalb zweifelhaft sein könnte, ob einem Täter auch ohne besondere gesetzliche Bestimmung die Handlungen eines andern, mit dem er zusammen handelt, zugerechnet werden können. Der vorliegende Entwurf hält es deshalb für angezeigt, ausdrücklich zu bestimmen, daß bei gemeinschaftlicher Ausführung jeder als Täter zu bestrafen ist ohne Rücksicht darauf, wieviel der einzelne durch seine Tätigkeit zum Erfolg beigetragen hat. Wenn z. B. A und B den gemeinsamen Entschluß, den C zu töten, in der Weise zur Ausführung bringen, daß beide auf ihn schießen, so muß A auch dann wegen vollendeten Mordes strafbar sein, wenn nicht sein Schuß, sondern der des B den C getötet hat."

Es wird nach dem Entwurf jeder Mittäter als Täter bestraft. Man fragt sich, ob die Täterstrafe in jedem Fall angemessen ist. Man denke sich einen Fall, wo der eine Mittäter den Tatbestand bis auf einen geringfügigen Teil, also fast den ganzen Tatbestand allein ausführt, ein anderer nur den kleinen Rest. Sollte hier für den

---

[1]) So Lobe a. a. O., Ger. S. 92, S. 64, Frank S. 101, Wachenfeld, Lehrbuch S. 187. A. A. Binding, Ger. S. 76, S. 98.

[2]) Seite 27.

anderen die Täterstrafe am Platze sein, soll hier nicht auch eine Strafmilderung durchgeführt werden? Soll der Mittäter, der nur einen Teil der Ausführung vollbringt, nicht überhaupt milder als der Täter bestraft werden, da dieser ja den ganzen Verbrechenstatbestand setzt?

Es ist vollkommen richtig, daß bei der Mittäterschaft volle Täterstrafe angedroht ist. Es unterliegt keinem Zweifel, daß die gemeinschaftliche Begehung eine größere Gefährlichkeit aufweist, als die Alleintäterschaft, „daß jede Vereinigung mehrerer zur Begehung eines Verbrechens die Gefahr für die Rechtsordnung erhöht.“[1]) Die gemeinschaftliche Begehung verleiht den Mittätern eine erhöhte Sicherheit, Hemmungen, denen einzelne zu unterliegen drohen, werden beseitigt. Die Durchführung der Tat wird viel intensiver, schneller und raffinierter betrieben als bei der Alleintäterschaft. Diese erhöhte Gefährlichkeit wiegt den Umstand, daß der Mittäter ja nur einen Teil ausführt, vollkommen auf. Aus den angeführten Gründen scheint es auch nicht tunlich, innerhalb der Mittäterschaft die Strafe abzustufen. Es kann wohl die Schuld eines Mittäters geringer sein, als die eines andern. Der Schuld eines Alleintäters wird jene aber immer gleichkommen. Das größere oder geringere Verschulden einzelner Mittäter kann bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. Wenn man die Mittäterschaft als eine Handlungseinheit, als eine Gemeinschaft auffaßt, ist die Täterstrafe für sie auch die richtige Strafdrohung.

Von der Mittäterschaft unterscheidet sich die Nebentäterschaft dadurch, daß bei ihr das Moment der Gemeinschaftlichkeit fehlt. Das Bewußtsein der Gemeinschaftlichkeit, das Einverständnis, der innere Zusammenhang ist nicht vorhanden. Jeder haftet für das, was er getan hat. Es wird ihm nicht zugerechnet, was die andern getan haben. Etwas rechtlich Besonderes liegt bei der Nebentäterschaft somit nicht vor.

§ 8. **Die Anstiftung und mittelbare Täterschaft.**

I. § 29 E. bestimmt: „Wer vorsätzlich veranlaßt, daß ein anderer eine Tat ausführt, wird als Anstifter gleich einem Täter bestraft.“ Damit unterscheidet sich die Anstiftung scharf von Mittäterschaft und

[1]) Birkmeyer, Vergl. Darst. S. 158 f., Klee, Goltd. A. 67, S. 98. Dazu Kern, Ger. S. 92, S. 143: Der Mittäter werde schon dadurch benachteiligt, daß ihm die Handlungen der anderen Mittäter zugerechnet werden. Die Schuld des Mittäters sei geringer als die des Alleintäters.

Beihilfe. Während er für die Mittäterschaft gemeinschaftliche Ausführung verlangt, für Beihilfe Hilfeleistung zu einer Tat, definiert der Entwurf die Anstiftung als Veranlassung einer Tat. Der Anstifter führt sonach nicht aus, leistet auch nicht Hilfe, sondern bringt den Täter auf irgend eine Weise dazu, daß er die strafbare Handlung ausführt. „Der Anstifter darf die Tat nicht selbst ausführen, er muß die Ausführung einem andern überlassen, und er muß in diesem anderen den Entschluß zur Tat hervorgerufen haben."[1]) Diese Tätigkeit bezeichnet § 29 E. 27 als „veranlassen" und stellt sich damit wie der § 25 E. 25 in Gegensatz zum § 48 St.G.B.

Zur Anstiftung gehört aber außer der Hervorrufung des Täterentschlusses auch, daß eine strafbare Handlung vorsätzlich veranlaßt wurde. „Der Anstifter muß es auf die Verübung der strafbaren Handlung durch den Angestifteten abgesehen haben oder doch mit der Möglichkeit, daß er den Angestifteten zur Tat veranlassen könnte, rechnen und mit diesem Ergebnis einverstanden sein. Der Vorsatz muß darauf gerichtet sein, daß der Angestiftete die Tat vollendet."[2])

Der Anstifter muß eine konkrete Tat mit Kenntnis ihrer Hauptmerkmale ins Auge fassen, wenn die Begründung verlangt, daß der Vorsatz des Anstifters auf Vollendung der Tat durch den Angestifteten gerichtet sein müsse. Denn dies kann nur dann der Fall sein, wenn der Anstifter sich die Tat als eine bestimmte vorstellt. Dagegen ist der Entwurf vom Erfordernis der Anstiftung individuell bestimmter Personen abgekommen. De lege lata ist es zwar bestritten, ob die Vorstellung des Anstifters darauf gerichtet sein muß.[3]) Man wird aber aus der Bestimmung des § 111 St.G.B. schließen dürfen, daß der Anstifter sich eine bestimmte Person unter dem Angestifteten vorstellen muß. § 111 Abs. 1 bestraft, wenn der öffentlichen Aufforderung zur Begehung einer strafbaren Handlung Folge geleistet wurde, den Auffordernden „gleich dem Anstifter", „d. h. er wird dem Anstifter gleich behandelt, auch wenn er nicht Anstifter im Sinn des § 48 ist."[4]) Wäre er wirklich Anstifter, wäre also die Vorstellung einer bestimmten Person nicht erforderlich, dann wäre § 111 Abs. 1 überflüssig. Anders aber der Entwurf. Er hat im § 171 E. absichtlich den ersten Absatz des § 111

[1]) Begründung S. 28.
[2]) Begründung S. 28.
[3]) Siehe Frank S. 119.
[4]) Frank S. 275.

St.G.B. nicht aufgenommen und nicht unterschieden, ob der Aufforderung nachgekommen wird oder nicht. „Hat die Aufforderung die Begehung der Tat zur Folge, so ist der Täter wegen Anstiftung zu der begangenen Tat (§ 29) zu bestrafen." [1]) Damit braucht also der Anstifter die Vorstellung einer bestimmten Person nicht mehr haben.

Kommen nun diese Erfordernisse der Anstiftung im Wort „veranlassen" zum Ausdruck? Diese Frage ist zu verneinen. Wer veranlaßt, braucht im andern nicht notwendig einen Entschluß hervorgerufen haben. Der omnimodo facturus, der zur Tat bereits entschlossen ist, kann durch Versprechungen „veranlaßt" werden, die Tat früher oder in anders gearteter Weise als vorgesehen zu begehen. Auch die Vorstellung einer konkreten Tat ist mit der „Veranlassung" nicht verbunden. Wer auffordert oder anreizt, strafbare Handlungen zu begehen, hat sie „veranlaßt", wenn sie die Folge der Aufforderung oder Anreizung sind. Wer z. B. zu seinem Kameraden sagt, er solle stehlen, statt sich abschinden, hat die Diebstähle „veranlaßt", wenn sein Kamerad den Rat befolgt.[2]) Diese Fälle müßten nach dem Wortlaut des § 29 E. als Anstiftung bestraft werden, was die Begründung aber nicht will.

Diese Bedenken sprechen gegen die Fassung des § 29 E.[3]) Wachenfeld sieht darin, daß statt „bestimmen" „veranlassen" gesetzt wird einen Wechsel, der darauf hindeutet, „daß der Entwurf die Anstiftung als intellektuelle Urheberschaft nicht anerkennt." [4]) Hippel [5]) und Mezger [6]) dagegen halten diese Fassung für angebracht.

Es scheint, daß diese Fassung zum Unterschied vom „Bestimmen" des § 48 St.G.B. absichtlich getroffen wurde, um auch dadurch die Erweiterung der Anstiftung auf die Fälle der Unzurechnungsfähigkeit auszudrücken. Es scheint aber auch, daß man sich gescheut hat anzuerkennen, daß auch ein Unzurechnungsfähiger „bestimmt" werden kann. Da dieser einen rechtlich relevanten Willen hat, also angestiftet werden kann, so ist auch anzuerkennen, daß er „bestimmt" werden kann. Es

[1]) Begründung S. 89.
[2]) Beispiel von Finger, Lehrb. I S. 346.
[3]) Wach D.J.Z. 1925, S. 536: „Veranlassen statt Bestimmen wäre ein für die Anstiftung unzutreffendes Wort." Wachenfeld, Goltd. A. 69, S. 307, Wegner, Reform S. 113.
[4]) a. a. O. in Bezug auf den E. 25.
[5]) Z.St.W. 47, S. 59.
[6]) D.Str.Z. 1921, S. 207.

wird daher, um den angeführten Folgerungen aus dem Weg zu gehen, angebracht sein, wieder die Fassung des geltenden Rechts zu wählen.

Zur Strafbarkeit der Anstiftung genügt aber nicht nur die Hervorrufung des Entschlusses im Täter. Dieser muß die Tat, da die Anstiftung von der Begehung einer Haupttat abhängig ist, zum mindesten versucht haben.

II. Aenderungen bringt der § 28 E. insofern, als er die Aufzählung der Mittel zur Anstiftung wegläßt. Die Beispiele des § 48 St.G.B. sollen ja nicht erschöpfen, sondern nur exemplifizieren, was aus dem Ausdruck „oder durch andere Mittel" hervorgeht. Diese Aufzählung konnte daher mit Fug beseitigt werden.

Die wichtigste Neuerung der Anstiftung besteht aber infolge der Einführung der limitiert akzessorischen Form der Teilnahme in dem Aufgehen der sogenannten mittelbaren Täterschaft in der Anstiftung. Da die subjektiven Elemente zum Verbrechensbegriff nicht mehr erforderlich sind, ist die Abhängigkeit der Anstiftung vom Verschulden des Täters unabhängig. Die Fälle der sogenannten mittelbaren Täterschaft sind somit nicht mehr Fälle der Täterschaft, sondern der Teilnahme. Der Entwurf vertritt damit den Standpunkt, daß der Geisteskranke nicht willensunfähig ist, sondern nur seines Geisteszustandes wegen nicht verantwortlich gemacht werden kann.

Mit dieser Regelung ist der Begriff der mittelbaren Täterschaft aber nicht ganz verschwunden. Ist der Ausführende aus objektiven Gründen Werkzeug, wie z. B. in den Fällen der Nötigung und des bindenden Befehls, so ist der Hintermann mittelbarer Täter. Unmittelbarer Täter kann er nicht sein, da er nicht ausführt, Teilnehmer nicht, da das Werkzeug nicht rechtswidrig handelt, also keine strafbare Handlung vorhanden ist. Aehnlich ist es, wenn jemand zur Verbrechensbegehung benützt wird, der sich der Bedeutung seiner verbrecherischen Handlung nicht bewußt ist. So wenn eine Pflegerin dem Kranken unbewußt Gift gibt, das ihr als Arznei von einem andern eingehändigt wurde,[1]) oder wenn jemand eine ihm nicht gehörige Sache einem Gutgläubigen verkauft und sie durch diesen abholen läßt.[2]) Zwar ist in diesen Fällen der Vorsatz des Hintermanns

[1]) Beispiel von Frank S. 104 III, 2.
[2]) Vgl. RG. 47, S. 147; 48, S. 58.

auch nur auf Begehung der Tat durch einen andern gerichtet. Den typischen Tätervorsatz hat er nicht. Doch sind diese Beispiele anders gelagert wie bei der Anstiftung eines Zurechnungs- oder Unzurechnungsfähigen. Diesen bleibt es selbst überlassen, ob sie die strafbare Handlung begehen wollen oder nicht. Sie werden dazu nicht gezwungen oder sind dazu nicht verpflichtet wie der Genötigte oder der einem bindenden Befehl Gehorchende. Ihr Wille ist dem des Nötigenden oder Befehlenden vollkommen untergeordnet, ist in Wirklichkeit nichts anderes als der Wille des Hintermannes, der durch ihre Person zur Verwirklichung gebracht wird. Weiter erkennt der Angestiftete den von ihm beabsichtigten Erfolg, während sich dessen der sich Irrende (die Pflegerin, der Gutgläubige) nicht bewußt ist. Er ist nur Werkzeug, der den Willen des Hintermannes zur Ausführung bringt. Man wird in diesen Fällen trotz des anders gearteten Vorsatzes des Veranlassenden mittelbare Täterschaft aufrecht erhalten müssen. Es ist daher der Begründung des Entwurfs zuzustimmen, wenn sie sagt, der Begriff der mittelbaren Täterschaft werde nur zum größten Teil überflüssig und beschränke sich „auf die Fälle, wo der Handelnde blindes Werkzeug des Urhebers, wo er in einem Irrtum befangen ist, der ihn gar nicht erkennen läßt, was er durch seine Handlung anrichtet, wo er, kurz gesagt, nicht weiß, was er tut . . .“ [1]) Verschwunden ist mit der Anerkennung der limitiert akzessorischen Form der Teilnahme die mittelbare Täterschaft also nicht.[2])

Zweifel können entstehen, ob mittelbare Täterschaft vorliegt, wenn nicht einmal der objektive Tatbestand gesetzt ist. Es stiftet z. B. jemand einen Geisteskranken an, seine eigene Sache zu beschädigen oder sich zu töten. Die Mittelsperson beging eine rechtswidrige Tat nicht. Soll aber der Hintermann straflos bleiben? Dem Rechtsgefühl widerspricht dies. Andererseits widerspricht es auch dem Rechtsgefühl, den Anstifter wegen Sachbeschädigung oder wegen Mords mit der Täterstrafe zu belegen. Eine Bestrafung wegen Teilnahme kann nicht eingreifen,

[1]) Begründung S. 28. Allerdings ist nicht zutreffend das von der Begründung angeführte Beispiel, in dem ein Steuermann durch falsche Signale getäuscht das Schiff auf ein Riff führt, sodaß es untergeht. Hier liegt nicht mittelbare, sondern unmittelbare Täterschaft dessen vor, der die falschen Signale gegeben hat, denn er hat die Ausführungshandlung begangen, die den Steuermann getäuscht hat. Ausgeführt hat dieser nicht.

[2]) Unrichtigerweise wurde in Bezug auf den E. 25, auf den die obigen Ausführungen auch zutreffen, behauptet, es gäbe keine mittelbare Täterschaft mehr, so z. B. von Gerland, Entw. 25 S. 53.

weil ja die Teilnahme von der Begehung einer rechtswidrigen strafbaren Handlung abhängt, eine solche in den fraglichen Fällen aber nicht vorliegt. Denn §§ 245 und 246 E. verlangen, „wer einen andern tötet ...", § 326 E. „wer eine fremde Sache beschädigt ..." Der Hintermann hat aber weder einen andern getötet, noch eine fremde Sache beschädigt. Ist der unmittelbar Handelnde zurechnungsfähig, so ist wegen Fehlens der rechtswidrigen Haupttat aber der Anstifter straflos.[1]) Soll bei Unzurechnungsfähigkeit eine andere Regelung Platz greifen?[2]) Der Unzurechnungsfähige handelt willentlich, wenn auch schuldlos. Aber es ist kein Zweifel, daß der Hintermann in solchen Fällen strafwürdiger ist, als wenn die Mittelsperson zurechnungsfähig wäre. Als mittelbare Täterschaft könnte eine Bestrafung nicht erfolgen, weil die Rechtswidrigkeit fehlt. Der Entwurf hat den schwersten Fall, die Anstiftung zum Selbstmord in § 248 E. unter Strafe gestellt. Es wird bestraft, „wer einen andern verleitet, sich selbst zu töten." Daß der Verleitete auch ein Unzurechnungsfähiger sein kann, ergibt sich aus der ganzen Richtung des Entwurfs, wenn er auf das Verschulden keine Rücksicht nimmt. Es gibt aber auch andere strafwürdige Fälle, wie Anstiftung eines Geisteskranken zur Selbstverletzung oder zur Beschädigung seiner eigenen Sache. Solche zweifellos strafwürdige Fälle könnten durch spezielle Bestimmungen unter Strafe gestellt werden, wie es im Entwurf durch § 248 geschieht. Jedenfalls kann mit Hilfe des § 32 E. eine Strafbarkeit nicht hergeleitet werden. Eine besondere Eigenschaft oder ein besonderes Verhältnis im Sinn des § 32 E. ist die Verantwortlichkeit nicht.

Es wurde schon gefordert, die mittelbare Täterschaft ins Gesetz aufzunehmen.[3]) Der Gegenentwurf und der Kommissionsentwurf sind dieser Anregung gefolgt. Nachdem aber in E. 27 die mittelbare Täterschaft in der Teilnahme aufgegangen ist, es aber nur noch wenige Fälle sind, die nach dieser Regelung noch übrig bleiben, erscheint diese Forderung als unnötig.

[1]) Olshausen § 211 Nr. 2, Beling, L. v. B. S. 417 f., Mittermaier Z.St.W. 21, S. 246, Merkel-Liepmann S. 167. A. A. Binding, Strafr. Abh. I S. 359, Nr. 149, Kohler, Studien I S. 144.

[2]) Beling a. a. O., Ger. S. 91, S. 372: Anstiftung eines Geisteskranken zum Selbstmord sei Mord. So auch Oetker, Ger. S. 94, S. 4, A. A. Finger, Ger. S. 95, S. 129.

[3]) Binding, Strafr. Abh. I S. 377, Ger. S. 76, S. 90 f., Wegner, Reform S. 117, Petri S. 66.

Gegen die Regelung des Entwurfs hinsichtlich der Aufnahme der mittelbaren Täterschaft unter die Anstiftung wurden Bedenken geäußert. Man machte Wertungsprobleme geltend, andere führten dogmatische Bedenken ins Feld.

Beling [1]) hält es für diskutabel, wenn man die mittelbare Täterschaft aus dem Täterbegriff herausnehme. Er hält aber die Regelung des E. 25 für lückenhaft, weil es Fälle der mittelbaren Täterschaft gäbe, die nach geltendem Recht strafbar, nach dem E. 25 aber straflos seien. Er verweist in diesem Zusammenhang auf die Fälle der Anstiftung eines Geisteskranken zum Selbstmord und meint, daß „es auf eins hinauskommt, ob man einen Geisteskranken mit eigener Hand umbringt oder ihn dazu bestimmt, selber Hand an sich zu legen . . ." Und weiter „sind diese Fälle „Täterschaftsfälle", so ist nicht abzusehen, weshalb die Fälle, in denen jemand einen andern als Werkzeug dazu benutzt, einen Dritten zu schädigen, nicht auch Täterschaftsfälle sein sollen." Er bewertet [2]) also die Fälle der mittelbaren Täterschaft wie die der unmittelbaren, hält daher die Regelung, die mittelbare Täterschaft in der Anstiftung aufgehen zu lassen für verfehlt.

Dogmatische Bedenken gegen die Gleichstellung der mittelbaren Täterschaft mit der Anstiftung bringen Wach [3]) und Finger [4]) vor. Wach hält diese Gleichstellung für einen schweren Fehler. Denn der Anstifter sei Nichttäter, da ihm der Täterwille fehle. Er wolle nicht selbst begehen, sondern wolle, daß ein anderer begehe. Auch Finger verwirft die Regelung des Entwurfs, da die „Anstiftung" „zwei völlig disparate Dinge", die Anstiftung und mittelbare Täterschaft zusammenfasse. Ohne rechtfertigenden Grund seien zwei Erscheinungen zu einer Einheit zusammengefaßt worden, die rechtlich geschieden bleiben müßten. Wer anstifte, gefährde das Rechtsgut, das durch den Angestifteten getroffen werden soll, weniger als wer die Tat eigenhändig begehe oder sie durch irgendwelche Naturkräfte bewirke. Wer anstiftet, gefährdet das Rechtsgut wohl weniger, als wer die Tat selbst begeht. Aber man kann nicht sagen, daß die Gefährdung des

[1]) Ger. S. 91, S. 371. Beling führt dies bezüglich des E. 25 aus. Seine Ansicht kann bei der Uebereinstimmung des E. 25 und E. 27 in diesem Punkt hier angeführt werden.

[2]) Wertungsmomente macht auch Perten a. a. O. in sehr ausführlicher Weise geltend.

[3]) D.J.Z. 1925, S. 536 bezüglich des E. 25.

[4]) Ger. S. 95, S. 129 bezüglich des E. 27.

Rechtsguts größer sein soll, wenn man zur Ausführung einen Geisteskranken nimmt, statt einen Zurechnungsfähigen. Dieser kann die Tat mit viel größerem Raffinement und Schlauheit ausführen, da er sich seine eigenen Gedanken über die Tat macht. Der Geisteskranke dagegen wird die Tat im allgemeinen so begehen, wie sie ihm eingeflüstert wird. Im übrigen kann die mehr oder minder große Gefährdung kein Unterscheidungsmerkmal für Täterschaft oder Teilnahme abgeben, da dieses viel zu unbestimmt ist.

Der mittelbare Täter ist, um dieses Ergebnis nochmals festzustellen, nach dem Entwurf Teilnehmer und nicht Täter. Es kommt lediglich darauf an, daß der objektive Tatbestand erfüllt ist. Der subjektive Tatbestand ist für das Vorhandensein der Teilnahme nicht maßgebend.

III. Bestritten ist im geltenden Recht die Frage nach der vorsätzlichen und fahrlässigen Anstiftung zu vorsätzlich und fahrlässig begangenen Delikten.

1. Klar und einfach ist die Behandlung der vorsätzlichen Anstiftung an vorsätzlich begangener Tat. Nach dem St.G.B. und dem Entwurf wird in diesem Fall wegen Anstiftung bestraft.

2. Anders dagegen ist es bei vorsätzlicher Anstiftung zu einer fahrlässig begangenen Haupttat. Zum besseren Verständnis der Regelung im Entwurf soll zunächst die Stellungnahme nach dem geltenden Recht gekennzeichnet werden. Nach herrschender Ansicht [1]) wird vorsätzliche mittelbare Täterschaft angenommen. Eine andere Ansicht nimmt Teilnahme an fahrlässiger Haupttat an.[2]) Daß vorsätzliche Teilnahme an fahrlässig begangener Haupttat nicht möglich ist, ergibt sich aus dem Wesen der Teilnahme nicht. § 48 St.G.B. spricht lediglich von vorsätzlicher Anstiftung zu einer strafbaren Handlung. Daß eine strafbare Handlung auch vorliegt, wenn der Täter fahrlässig handelt, ist natürlich nicht zu bestreiten. Aus dem Wortlaut

[1]) Allfeld, Lehrb. S. 206, 214 Nr. 5. Wachenfeld, Lehrb. S. 188, Finger, Lehrb. I S. 337, 344, 357, Mittermaier Z.St.W. 21 S. 248, Frank, Vorbem. z. III. Abschn. IV 2, Hälschner, Lehrb. I S. 399, Bar, Gesetz und Schuld II S. 638, Merkel-Liepmann S. 167, 171; Perten S. 205, Petri S. 56, Wuttig S. 45 f.; RG. 10 S. 8, 16 S. 277, 23 S. 175, 25 S. 38, 30 S. 292, 36 S. 402, 44 S. 429, 49 S. 68, 51 S. 39 und 53 S. 27.

[2]) Mayer, Allgem. Teil S. 407f., Olshausen § 48 Nr. 18, Lobe, Lpz. Komm. § 48 Nr. 2, Birkmeyer, Teiln. S. 141, Binding, Grundr. S. 152, 162, 171, Strafr. Abh. I S. 303, 361, Ger. S. 76 S. 102, Herzog Ger. S. 28 S. 322 ff., Hoegel Z.St.W. 37 S. 831.

des Gesetzes läßt sich somit nicht herauslesen, daß vorsätzliche Anstiftung an fahrlässiger Tat nicht möglich wäre.

Um Anstiftung an fahrlässiger Haupttat kann es sich aber des praktischen Ergebnisses wegen nicht handeln. Wenn die fahrlässige Tat nicht strafbar ist, dann würde also eine Bestrafung wegen Teilnahme nicht in Betracht kommen, da doch die Anstiftung abhängig ist von einer strafbaren Handlung. Wäre aber die fahrlässig begangene Haupttat strafbar, dann könnte der Anstifter doch auch nur wegen Fahrlässigkeit zur Strafe gezogen werden, selbst wenn er mit Vorsatz handelt. Eine über die Fahrlässigkeit hinausgehende Haftung könnte auch nicht aus § 50 St.G.B. hergeleitet werden.[1])

Eine einfache Lösung bringt in dieser Frage der Entwurf. Da er Teilnahme an rechtswidrig begangener strafbarer Handlung ohne Rücksicht auf das Verschulden des Täters kennt, ist auch Anstiftung an der Tat des fahrlässig Handelnden möglich. Man könnte sich aber fragen, ob der Anstifter nicht auch nur wegen Fahrlässigkeit bestraft werden kann. Daß ihn die Täterstrafe trifft, ergibt sich schon aus dem Umstand, daß nach § 29 E. der Anstifter auch dann mit der Vorsatzstrafe belegt wird, wenn der unmittelbar Handelnde schuldlos handelt. Umsomehr muß den Anstifter dann die Vorsatzstrafe treffen, wenn der andere fahrlässig handelt.

Dies läßt sich aber auch schon aus dem Wortlaut des § 29 E. entnehmen.[2]) Dort heißt es, „... wird gleich einem Täter bestraft ..." im Gegensatz zu § 48 Abs. 2 St.G.B. mit dem Wortlaut „die Strafe des Anstifters ist nach dem Gesetz festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet hat." § 29 E. bestraft also gleich einem Täter, d. h. wie wenn der vorsätzliche Anstifter Täter gewesen wäre.

3. Eine Bestrafung der fahrlässigen Anstiftung zu vorsätzlicher Handlung kennen weder das St.G.B. noch der Entwurf. § 48 St.G.B. und § 29 E. verlangen ausdrücklich vorsätzliche Bestimmung bezw. vorsätzliches Veranlassen eines andern. Die fahrlässige Anstiftung erscheint dem St.G.B. und dem Entwurf zu wenig strafwürdig und wird auch in den meisten Fällen zu wenig strafwürdig sein.

[1]) Frank a. a. O.

[2]) wenn man auch im allgemeinen aus dem Wortlaut des Gesetzes keine großen Schlüsse ziehen darf.

4. Endlich ist möglich fahrlässige Anstiftung zu fahrlässiger Tat. Nach dem St.G.B. wird dies als fahrlässige mittelbare Täterschaft aufgefaßt. Nach der Lehre, die de lege lata eine Teilnahme an fahrlässiger Tat anerkennt, müßte dieser Fall straflos bleiben, da es nur vorsätzliche Anstiftung gibt. Die fahrlässige Anstiftung zur Tat eines Unzurechnungsfähigen ist unbestritten fahrlässige mittelbare Täterschaft. Auch der Entwurf läßt die fahrlässige Anstiftung straflos. Da die fahrlässige mittelbare Täterschaft der fahrlässigen Anstiftung gleichgestellt wird, bleibt auch diese straflos ohne Rücksicht darauf, ob der unmittelbar Handelnde fahrlässig oder schuldlos handelt. Dieses Ergebnis ist unbillig. Soll A, der den Geisteskranken B scherzhaft zu etwas anweist, straflos bleiben, wenn B es tut, und A sich doch hätte sagen müssen, B kommt der Aufforderung nach. Eine allgemeine Bestrafung der fahrlässigen Anstiftung ist nicht zu empfehlen, da sonst eine große Zahl harmloser Fälle der Bestrafung unterliegen würde, wobei diese zu bestrafen kein Interesse besteht.[1]) So wird es genügen, wenn besonders schwere Fälle, so vor allem bei den Tötungsverbrechen, einzeln mit Strafe bedroht werden.[2])

IV. Der Versuch der Anstiftung ist nach dem Entwurf so wenig strafbar wie nach dem St.G.B. „Kommt es nicht zur Ausführung, dann kann die geistige Einwirkung auf andere, um sie zur Verübung einer strafbaren Handlung zu bewegen, nur bestraft werden, sofern sie im Besonderen Teil ausdrücklich mit Strafe bedroht ist, wie in den §§ 118, 119, 144, 153, 188, 196, 250 und 274 oder in den §§ 87, 171 und 249." [3]) Um die Anstiftung bestrafen zu können, muß die Haupttat ausgeführt, zum mindesten also versucht sein.

Man kann zwei Fälle der versuchten Anstiftung unterscheiden:

a) Es wird versucht, in dem andern einen Entschluß zur Begehung einer strafbaren Handlung hervorzurufen. Der andere läßt sich aber nicht beeinflussen. Er faßt den Entschluß nicht, oder er ist schon vorher zur Tat entschlossen gewesen.

b) Die Einwirkungen auf den andern haben den Erfolg, daß er den Entschluß faßt. Aus irgend einem Grund unterbleibt aber die Ausführung der Tat.

---

[1]) Binding, Strafr. Abh. S. 303, Ger. S. 76 S. 103. Dazu Bar, Gesetz und Schuld II S. 618, 634.

[2]) Berner, Lehrb. § 107 bestreitet die Möglichkeit der fahrlässigen Teilnahme. Die Teilnahme sei immer dolos. Ebenso Birkmeyer, Teilnahme S. 128.

[3]) Begründung S. 28.

Davon ist zu trennen der Fall, daß der Angestiftete mit der Ausführung beginnt, die Vollendung aber unterbleibt. In diesem Fall liegt vollendete Anstiftung vor und zwar, weil die Haupttat nur versucht wurde, Anstiftung zum Versuch. In den Fällen a und b dagegen liegt versuchte Anstiftung vor. § 29 E. verlangt zur Anstiftung, daß ein anderer eine Tat ausführe. Eine Tat, eine strafbare Handlung, ist aber auch der Versuch. Wer einen solchen begeht, „führt aus". Anstiftung zum Versuch ist nach dem Entwurf also gegeben.

Die Behandlung des Anstiftungsversuchs nach dem Entwurf ist genau dieselbe wie im St.G.B.; man läßt de lege lata allgemein den Anstiftungsversuch straflos.[1])

Ueberhaupt für unmöglich erklären einige[2]) die Konstruktion des Anstiftungsversuchs, indem sie auf die Abhängigkeit der Anstiftung hinweisen. Daß eine versuchte Anstiftung aber trotzdem möglich ist, zeigen die Fälle unter a und b.[3])

Zur Strafloſigkeit des Anstiftungsversuchs kommt Beling durch folgende Erwägung. Er vergleicht die Anstiftungshandlungen mit den Vorbereitungshandlungen, da die Anstiftung ihrem Wesen nach „Vorschuld" sei. Sie sei keine Tatbestandsverwirklichung. „Auch die Unmöglichkeit des „Versuchs" der Anstiftung und Beihilfe findet ihre Erklärung. Der Versuch ist Tatbestandsverwirklichungs- oder Ausführungsfragment. Der Anstifter und Gehilfe aber verwirklichen eben nicht den Tatbestand, führen nicht aus, der „Anfang der Anstiftung", der der Beihilfe steht vielmehr auf einer Linie mit dem Anfang von Vorbereitungshandlungen, die der Täter selber vornimmt. Der Versuchsbegriff ist demnach unanwendbar."[4]) Es ist Beling zweifellos recht zu geben, wenn er die Anstiftung einer Vorbereitungshandlung gleichstellt. Die Anstiftungshandlung ist keine Ausführungshandlung zur Tat. Durch die Anstiftungshandlung soll es erst zur Ausführungshandlung kommen. Man kann aber nicht zur Strafloſigkeit des

[1]) Frank S. 120, Lobe, Lpz. Komm. § 49 Nr. 7, Olshausen § 48 Nr. 24, Mayer, Allgem. Teil S. 396, Birkmeyer, Teiln. S. 166 f., Berner, Lehrb. S. 160 f., Bar, Gesetz und Schuld II S. 683 f., 698, Binding, Strafr. Abh. I S. 275, Beling, L. v. V. S. 398, Finger, Lehrb. I S. 350 f., Allfeld, Lehrb. S. 211, 220, Wachenfeld, Lehrb. S. 188, 207, Höpfner Z.St.W. 26 S. 599.

[2]) Birkmeyer, Teilnahme S. 166 ff., Vergl. Darst. II S. 66, 154, Stooß, Grundz. S. 226, siehe auch Hoegel Z.St.W. 37 S. 840.

[3]) Siehe vor allem Mayer, Allgem. Teil S. 396 f.

[4]) L. v. V. S. 397 f., vergl. auch S. 466.

Anstiftungsversuchs gelangen, wenn man die Bestimmungen des Versuchs auf die Anstiftung nicht für anwendbar hält. Denn dann müßte man aus demselben Grund zur Straflosigkeit der Anstiftung überhaupt kommen, da sie ihrem Wesen nach ja auch nur Vorbereitungshandlung ist. Diese Folgerung wird aber nicht gezogen. Dann ist dabei aber noch zu bedenken, daß auch der Anstifter bei der erfolglosen Anstiftung alles getan hat, was er überhaupt hat tun können. Bei der Anstiftungshandlung handelt es sich um etwas Besonderes, sodaß man nicht mit allgemeinen Erwägungen die Straflosigkeit des Versuchs abtun kann.

Andere charakterisieren den Versuch der Anstiftung ebenfalls als Vorbereitungshandlung. Vor allem wird deshalb geleugnet, daß der Versuch der Anstiftung Versuch der Haupttat sei, da er eben keine Ausführungshandlung im Sinne des § 43 St.G.B. darstelle. So sagt Binding,[1]) daß die Bestimmung eines andern zur Begehung der Tat nicht Versuch der Tat sei. Bei der nichteigenhändigen Verbrechensbegehung bedürfe der Täter, bevor es zum Versuch komme, der Bereitstellung der Mittel. Bei fremdhändiger Verbrechensausführung bedürfe der Täter der Bestimmung eines Menschen zur Entschlußfassung. Das liege alles vor der Tatbestandsverwirklichung, sei also Vorbereitungshandlung, nicht Versuchshandlung. Zu demselben Ergebnis kommen auch Hoffmann[2]) und Coenders.[3])

Es ist festzustellen, daß die Anstiftungshandlungen, seien sie vollendet oder versucht, nichts anderes sind als Vorbereitungshandlungen zum Verbrechen. Ausführungshandlungen sind sie nicht, denn wer

---

[1]) Strafrechtl. Abh. S. 275. A. A. Hälschner, Lehrb. S. 405, Träger, Jur. W. 1922 S. 976, Stooß, Grundz. S. 231.

[2]) Jur. W. 1924 S. 288: „Sie (die erfolglose Anstiftung) kann auch unter keinen Umständen ein Versuch der Haupttat sein, weil nämlich die nächste denkbare Beziehung der Anstiftung zur Tat jedenfalls nicht näher ist, als die eine Vorbereitungshandlung."

[3]) S. 174/75 verneint auch, daß der Versuch der Teilnahme Versuch der Haupttat sei, da eine Ausführungshandlung nicht begangen wurde. Nicht richtig ist bei Lobe, Lpz. Komm. § 48 2 B, die Hervorrufung des Entschlusses im andern sei nur Vorbereitungshandlung, solange die Tat nicht ausgeführt sei. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit beginne erst mit der Verwirklichung des Anstiftervorsatzes. Das sei die akzessorische Natur der Anstiftung. Die Teilnahmehandlung wird aber immer Vorbereitungshandlung sein, ob sie vollendet ist oder nur versucht. Objektiv wird der Anstifter nie mehr tun, als den andern zur Entschlußfassung zu bringen, ob er die Tat nachher dann begeht oder nicht. Die nachfolgende Ausführung durch den Täter kann aus der Vorbereitungshandlung des Anstifters keine Ausführungshandlung machen.

anstiftet, „tötet" nicht, „nimmt" nicht weg. Diese Handlungen liegen sämtliche vor der Tatbestandsverwirklichung und erhalten ihre Strafbarkeit erst durch die nachfolgende Begehung der Haupttat durch den Täter. Das folgt aus der akzessorischen Natur der Anstiftung. Wird die Haupttat nicht begangen, dann kann die Anstiftung als Versuch auch nicht bestraft werden, weil eben die Voraussetzung für die Strafbarkeit der Anstiftung die begangene Tat ist.

Frank nimmt gegen diese Argumentierung Stellung. Zwar ist für ihn die versuchte Anstiftung nicht strafbar. Es sei aber nicht richtig, die Strafloſigkeit aus der Akzessorietät der Anstiftung abzuleiten. Die Strafloſigkeit ergebe sich vielmehr aus einem argumentum a maiori ad minus: sei nicht einmal die Fassung des Tatentschlusses strafbar, so könne es die Hervorrufung dieses Entschlusses und gar der bloße Versuch dazu erst recht nicht sein. Als zweiten Grund führt er das Bestehen des § 49a St.G.B. an, der sonst keine Existenzberechtigung hätte. Frank setzt also die Anstiftungshandlung der Vorbereitungshandlung gleich. Wenn er aber meint, die Hervorrufung des Entschlusses zur Begehung der Tat sei ebensowenig strafbar wie die Entschlußfassung durch den Täter selber, so müßte hieraus eigentlich auch die Strafloſigkeit der vollendeten Anstiftung folgen. Führt der Täter ein Verbrechen aus, so wird er auch nicht bestraft, weil er den Tatentschluß gefaßt hat, sondern weil er einen strafbaren Erfolg herbeigeführt hat. Aus welchem Grund soll denn dann die Strafbarkeit der Anstiftung folgen? Doch nur aus dem Grund, weil die Entschlußfassung durch den Anstifter hervorgerufen wurde und auf Grund dieses Entschlusses die Tat begangen worden ist. Will man die Anstiftung erst bestrafen, wenn sie zu dem vom Anstifter gewünschten Erfolg geführt hat, dann folgt daraus mit aller Deutlichkeit, daß man die Anstiftung als solche eben nicht bestrafen will, wenn der gewünschte Erfolg, die Begehung der Haupttat nicht eingetreten ist. Das ist aber nichts anderes als die Folgerung aus der akzessorischen Natur der Teilnahme.

Insofern ist Frank recht zu geben, wenn er die Strafloſigkeit des Anstiftungsversuchs auch aus § 49a St.G.B. ableitet. Diese Bestimmung wäre überflüssig, wenn ganz allgemein der Anstiftungsversuch strafbar wäre.

Eine derartige Bestimmung kennt der Entwurf zwar nicht. Es sind lediglich spezielle Verbote einzelner Anstiftungsversuche aufgestellt.

Auch der Entwurf macht die Strafbarkeit der Anstiftung von der Begehung der Haupttat abhängig, allerdings mit dem Unterschied vom St.G.B., daß es auf das Verschulden des Täters nicht mehr ankommt. Aus dieser Abhängigkeit folgt auch für den Entwurf die Straflosigkeit des Anstiftungsversuchs. „Kommt es nicht zur Ausführung, dann kann die geistige Einwirkung auf andere, um sie zur Verübung einer strafbaren Handlung zu bewegen, nur bestraft werden, sofern sie im Besonderen Teil ausdrücklich mit Strafe bedroht ist . . ." [1])

Eine Aenderung bringt auch nicht die Gleichstellung der mittelbaren Täterschaft mit der Anstiftung. Wurde ein Geisteskranker erfolglos zur Begehung eines Verbrechens bestimmt, so konnte er nach geltendem Recht auch nicht wegen versuchter mittelbarer Täterschaft bestraft werden. Denn da die mittelbare Täterschaft eben Täterschaft ist, muß für den Versuch nach § 43 St.G.B. die Begehung einer Ausführungshandlung gefordert werden. Da eine solche im vorliegenden Fall aber nicht vorliegt, ist auch ein Versuch der Täterschaft nicht gegeben. Nach dem Entwurf ist dieser Fall ebenfalls straflos. Hat aber der Geisteskranke die Tat begangen oder wenigstens zu begehen versucht, dann wird der Hintermann de lege lata als mittelbarer Täter wegen Vollendung oder Versuchs bestraft, nach dem Entwurf trifft ihn aber die gleiche Strafe als Anstifter, im einen Fall die Strafe wegen Vollendung, im andern die wegen Versuchs.

Der Entwurf hat generell den Versuch der Anstiftung straflos gelassen und nur in einzelnen schwerwiegenden Fällen unter Strafe gestellt. Man hat die generelle Bestrafung des Anstiftungsversuchs schon gefordert. Selbstverständlich ist sie für die Vertreter, die in der Anstiftung eine intellektuelle Urheberschaft erblicken. Es wurde auch schon darauf hingewiesen, daß praktisch der Anstifter dem Täter durch die gleiche Strafdrohung gleichgestellt werde. Der Versuch der Tat werde bestraft, der Versuch der Anstiftung aber nicht. Das sei im Hinblick auf diese praktische Gleichstellung unbillig. Dabei ist zu bemerken, daß der Täter, der ein Verbrechen zu begehen versucht, in den allermeisten Fällen strafwürdiger ist, als wer nur anzustiften versucht. Wer einen zu töten versucht, ihm schwere, aber nicht tötliche Wunden beigebracht hat, darf auf keinen Fall auf eine Stufe mit dem gestellt werden, der einen andern erfolglos zur Tötung aufgefordert

[1]) Begründung S. 28.

hat. Ein Verbrechen wurde hier überhaupt nicht begangen. Es mag wohl Fälle geben, wo die versuchte Anstiftung strafwürdiger ist, als die versuchte Begehung. Es ist aber eine Verallgemeinerung auf den Anstiftungsversuch abzulehnen. Wie schon ausgeführt, ist allerdings zu berücksichtigen, daß sich die vollendete Anstiftung von der versuchten Anstiftung vom Standpunkt des Anstifters aus nicht unterscheidet. In beiden Fällen hat er getan, was er konnte.[1]) Daß aber der Angestiftete den Entschluß nicht gefaßt, oder ihn zwar gefaßt, die Tat aber nicht ausgeführt hat, geschieht ganz unabhängig vom Anstifter. Ihn straflos zu lassen, weil wegen eines außerhalb seiner Handlung liegenden Grundes die Begehung der Tat nicht erfolgte, scheint nicht richtig zu sein. Dazu kommt, daß der Anstifter sich auch noch bemüht hat, andere mit in das Verbrechen hinein zu ziehen. Daraus ergibt sich die Gefährlichkeit des Anstifters.

So konnten für die Bestrafung des Anstiftungsversuchs lediglich praktische Rücksichten[2]) maßgebend sein. Letzten Endes sind diese auch für den Gesetzgeber allein entscheidend. Daß solche bestehen, kommt durch die Einzelbestimmungen zum Ausdruck.

Gegen die Bestrafung des Anstiftungsversuchs wird geltend gemacht, daß dies einer Gesinnungsbestrafung gleich komme.[3]) Eine solche kenne die heutige Strafrechtspflege nicht. Dazu ist aber zu bemerken, daß dann eben auch die Strafe der vollendeten Anstiftung eine Gesinnungsstrafe wäre, da die Tätigkeit des Anstifters bei dem Versuch der Hervorrufung des Tatentschlusses von der bei der tatsächlichen Hervorrufung sich oft nicht unterscheidet. Der Anstiftungsversuch ist wie die vollendete Anstiftung aber eine Tätigkeit. Sie liegt nicht nur im Innern des Anstifters begründet, sondern ist eine Handlung, die einen andern zur Entschlußfassung bringen soll. Etwas Aehnliches liegt vor beim beendeten Versuch. Der Entwurf hat hier ausgesprochen, daß nicht nur die objektive Verwirklichung einer Tat die Strafbarkeit begründe. Dieser Rechtsschutz allein reiche nicht aus. Strafe müsse bei schwereren Verfehlungen schon dann eintreten, wenn der Täter mit dem Willen, die Tat zu vollenden, zum verbrecherischen Angriff übergeht, ohne sein Ziel zu erreichen.[4]) Also schon die

[1]) So Träger, Jur. W. 1922 S. 976, der dann allerdings zu dem Ergebnis kommt, daß die mißlungene Anstiftung beendeter Versuch sei.
[2]) Birkmeyer, Vergl. Darst. II S. 38.
[3]) Hoffmann, Jur. W. 1924 S. 288, Schmidt, Grundr. Anh. S. 11
[4]) Begründung S. 24.

Gesinnung, der Wille des Täters sei strafbar. Dem Verbrechen ist schon vor der Tatbestandsverwirklichung entgegen zu wirken.

Eine generelle Bestrafung des Anstiftungsversuchs dürfte aber den praktischen Rücksichten nicht entsprechen. Zu viele Bagatellsachen würden geahndet werden müssen. Das Richtige dürfte die Regelung des Entwurfs sein, wenn er für einzelne schwere Verfehlungen Strafdrohungen aufstellt.

§ 9. Die Beihilfe.

§ 30 des E. bestimmt: „Wer vorsätzlich einem andern zu einer Tat Hilfe leistet, wird als Gehilfe nach den für den Täter geltenden Vorschriften bestraft, doch ist die Strafe zu mildern (§ 73)."

Mit dieser Begriffsbestimmung tauchen all die Streitfragen des geltenden Rechts, hauptsächlich aber bezüglich der Abgrenzung der Mittäterschaft von der Beihilfe wieder auf. Der Entwurf ist wieder im Gegensatz zum § 26 E. 25 zu der alten Begriffsbestimmung der „Hilfeleistung" zurückgekehrt und hat den Ausdruck „erleichtern" fallen lassen. Nach dem Wortlaut zu schließen, scheint der Entwurf die Beihilfe von der Mittäterschaft objektiv abgrenzen zu wollen.

Von der Begründung wird aber die objektive Theorie abgelehnt.[1]) Die auf Grund der subjektiven Theorie erfolgende Rechtsprechung des Reichsgerichts hat nach Ansicht des Reichsrats durchaus zufriedenstellende Ergebnisse gezeitigt. Es soll auch vermieden werden, daß beim Versuch subjektiv, bei der Teilnahme objektiv entschieden werden solle. Nun soll ja bekanntlich der Entwurf der Rechtsangleichung mit Oesterreich dienen. Da aber im österreichischen Recht die Beihilfe objektiv von der Mittäterschaft abgegrenzt wird, hat sich der Reichsrat, um die Rechtsangleichung zu erleichtern, dazu entschieden, diese Abgrenzung auf objektiver und subjektiver Grundlage vorzunehmen.[2])

Die Begründung sagt: „Der Entwurf geht davon aus, daß praktisch für die Entscheidung darüber, ob Mittäterschaft oder Beihilfe vorliegt, weder rein subjektive noch rein objektive Merkmale maßgebend sein können. Für die Entscheidung der Frage, wie der Beschuldigte innerlich zu der Tat gestanden, ob er sie als eigene gewollt hat oder nur fremdes Tun hat fördern wollen, wird regelmäßig auch darauf

[1]) Begründung S. 29.
[2]) Siehe dazu Lehmann S. 208.

Rücksicht zu nehmen sein, welche Tätigkeit der Beschuldigte entfaltet hat. Umgekehrt wird für die Wertung der Tätigkeit des Beschuldigten seine innere Anteilnahme an dem Unternehmen von wesentlicher Bedeutung sein."

Damit hat die Begründung zum Entwurf den Streit in der Strafrechtswissenschaft zu Gunsten der gemischten Theorie entschieden. Die gemischte Theorie stellt richtigerweise nicht einseitig wie die andern Theorien entweder rein objektiv oder rein subjektiv ab. Sie verbindet beide Tatbestände zur Charakterisierung der strafbaren Handlung des Teilnehmers. Die Tätigkeit des Beschuldigten soll für die Frage der inneren Einstellung von Bedeutung sein. Das heißt also, wer am Erfolg hervorragend beteiligt ist, muß auch mit einem hohen Grad der Schuld gehandelt haben. Der Tatanteil ist also ein Indiz für den inneren Anteil.[1]) Andererseits ist auch die innere Anteilnahme des Mitwirkenden für die strafrechtliche Würdigung seiner Handlung von Bedeutung. Wer an den Vorbereitungen, an Besprechungen führend beteiligt ist, wer die Triebfeder des Ganzen ist, wird für seine bei der Begehung vielleicht ganz nebensächliche Handlung entsprechend seiner Führerrolle als Täter zu bestrafen sein.

Die bedenklichen Folgen der objektiven und subjektiven Theorien werden dadurch wohl vermieden. Gegen die gemischte Theorie ist aber anzuführen, daß das Maß des äußeren Verhaltens nicht notwendig einen Schluß auf die innere Anteilnahme zuläßt. Auch wer an der Ausführungshandlung beteiligt ist, muß nicht auch mit entsprechend hohem Schuldgrad gehandelt haben.

Der Entwurf hat die Worte des § 49 St.G.B. „durch Rat und Tat" nicht aufgenommen. Von Bedeutung ist dies nicht. Der Unterschied zwischen psychischer und physischer Beihilfe wird nach wie vor beibehalten.

Wichtiger ist aber die Rückkehr des Entwurfs zum geltenden Recht bezüglich der Gehilfenstrafe. War nach geltendem Recht die Strafmilderung für den Gehilfen obligatorisch, so hatte der E. 25 den Gehilfen in der Bestrafung dem Täter gleichgestellt, fakultativ aber eine Strafmilderung zugelassen. Es wurde gegen diese Regelung eingewandt, die Schuld des Gehilfen sei in der Regel geringer, als die

[1]) Wegner, Reform S. 108: „Vornahme der Ausführungshandlung ist uns ein Indiz für den höchsten Grad verbrecherischer Energie."

des Täters. Demzufolge müsse auch seine Strafe niedriger bemessen werden. Die fakultative Strafmilderung führe zu einer Ueberspannung des freien richterlichen Ermessens. Anscheinend waren für die Verfasser des Entwurfs diese Gedanken maßgebend, wenn er wieder zur obligatorischen Strafmilderung zurückkehrt.

Es ist wohl richtig, daß im allgemeinen die Schuld des Gehilfen geringer sein wird, als die des Täters. Er wird ja auch nur zu dessen Unterstützung tätig, begeht die Tat nicht selber. Es gibt aber Fälle, in denen das Verschulden des Gehilfen größer ist, als das des Täters. Außerordentlich groß ist es, wenn der Gehilfe einem Geisteskranken zu einer Tat Beihilfe leistet. Dieser Fall wird nach dem Entwurf als Beihilfe behandelt. Für ihn die gewöhnliche Gehilfenstrafe anzusetzen, wäre zu mild. Es ist vielmehr wie bei der Anstiftung die Gehilfenstrafe der Täterstrafe gleichzusetzen. Mit Rücksicht auf die sonst geringere Schuld des Gehilfen wäre aber eine fakultative Strafmilderung vorzusehen.[1])

Erledigt durch den Entwurf ist die Streitfrage, ob die Beihilfe zur Tat eines Unzurechnungsfähigen mittelbare Täterschaft oder als Beihilfe straflos ist. Von vielen wird hier mittelbare Täterschaft angenommen,[2]) während nach der herrschenden Ansicht die Beihilfe straflos ist, da eine strafbare Handlung nicht vorliege, der Gehilfe aber nicht Täter werden könne.[3]) Diese Meinung dürfte de lege lata auch die richtige sein. Wäre der Täter geistig normal, so würde er wegen Beihilfe bestraft werden, und zwar milder als der Täter. Weil der unmittelbar Handelnde aber geisteskrank ist, soll die Handlung des Helfenden plötzlich als Täterhandlung qualifiziert werden und strengerer Bestrafung unterliegen. Wie wäre erst zu entscheiden, wenn der Gehilfe sich über die Zurechnungsfähigkeit irren würde, wenn er ihn für zurechnungsfähig hält, während er es nicht ist? Wie, wenn die geleistete Beihilfe für den Erfolg gar nicht kausal ist (Wache stehen beim Diebstahl) oder der Unterstützte von der Beihilfe gar nichts

[1]) Mayer, Reform I S. 365 will die Gehilfenstrafe noch niederer angesetzt wissen, als die Versuchsstrafe, da die Beihilfe geringer schuldhaft sein könne als der Versuch.

[2]) Frank, S. 122, Liszt, Lehrb. S. 219, Allfeld, Lehrb. S. 215, Finger, Lehrb. I S. 357, Perten S. 128, Wach D. J. Z. 1925 S. 356, Getz, Mitt. d. J. K. V. V S. 352. Kohler, Studien I S. 99 stellt darauf ab, ob der Hintermann die Geisteskrankheit kannte oder nicht.

[3]) Mayer, Allgem. Teil S. 377, RG. 11 S. 56, 18 S. 419, 21 S. 14.

weiß? Soll auch hier wegen mittelbarer Täterschaft trotz des Fehlens des Kausalzusammenhangs bestraft werden? Wenn das geltende Recht schon auf dem Boden der extrem akzessorischen Natur der Teilnahme steht, dann müssen auch alle Konsequenzen gezogen werden. Eine Lücke, den Gehilfen in solchen Fällen straflos zu lassen, enthält in dieser Beziehung das St.G.B. Diese Lücke aber dadurch auszufüllen, daß man den Gehilfen zum Täter macht, ist nicht angängig. Der Entwurf füllt diese Lücke durch die Anerkennung der limitiert akzessorischen Form aus.

Was oben in § 8 über die Strafbarkeit des Anstiftungsversuchs gesagt wurde, gilt grundsätzlich auch für den Beihilfeversuch. Die Strafbarkeit des Beihilfeversuchs ergibt sich aus der Abhängigkeit der Beihilfe. Es besteht auch kein Bedürfnis, den Beihilfeversuch in allen Fällen zu bestrafen, da er im allgemeinen nur eine nebensächliche Handlung ist. Einzelne strafwürdige Fälle der versuchten Beihilfe gibt es zweifellos, so wenn z. B. A dem Geisteskranken B den Revolver zur Tötung eines andern reicht, B die Tat aber nicht begeht. Für solche Fälle sollte das Gesetz wie beim Anstiftungsversuch Strafdrohungen erlassen. Wenn man allerdings die Beihilfe in der Mittäterschaft aufgehen läßt, ist man der Frage nach der Strafbarkeit des Beihilfeversuchs enthoben. Die Beihilfe wäre wie die versuchte Täterhandlung zu bestrafen. Da aber für untergeordnete Mitwirkung eine Strafmilderung vorgeschlagen wurde, ist für solche Fälle auch gleichzeitig generell zu bestimmen, daß der Versuch einer solchen untergeordneten Mitwirkung straflos sei, es wäre denn, daß einzelne Strafgesetze etwas anderes anordnen.

Was die fahrlässig begangene Beihilfe anlangt, so gilt auch für sie das für die fahrlässige Anstiftung oben in § 8 Gesagte.[1]) Die fahrlässig geleistete Beihilfe ist nach dem St.G.B. und dem Entwurf straflos, da beide Gesetze ausdrücklich Vorsatz des Gehilfen fordern.

[1]) Buri, Ger. S. 22 S. 44 hält fahrlässige Beihilfe für unmöglich, da bei Fahrlässigkeit die Willensverschiedenheit — also des unbewußt auf das Verbrechen gerichteten Willens — nicht zum Ausdruck kommen könne. Kausalität S. 128: Unterordnung eines beihelfenden Willens könne nur dann stattfinden, wenn auch wirklich ein verbrecherischer urheberischer Wille wenigstens nach Meinung des Gehilfen existiere. Sei das nicht der Fall, so wisse der Gehilfe, daß lediglich sein auf das Verbrechen gerichteter Wille der dasselbe bestimmende, also der herrschende sei. Darum gäbe es keine kulpose Beihilfe, die allerdings vom objektiven Standpunkt aus denkbar erscheine, sondern nur kulpose Urheberschaft. A. A. Frank § 49 Abs. 2, Wachenfeld, Lehrb. S. 189.

Sie unter Strafe zu stellen, ist unnötig, da die fahrlässige Beihilfe gewöhnlich harmloser Natur ist. Aber auch sie wäre strafbar, wenn man die Beihilfe unter die Mittäterschaft faßt. Es wäre, um dieser Konsequenz zu entgehen, die fahrlässige untergeordnete Mittäterschaft straflos zu lassen.

§ 10. Der Einfluß der besonderen Eigenschaften und Verhältnisse.

Das Strafgesetzbuch wie auch der Entwurf kennen Delikte, die nicht von allen begangen werden können. Sie verbieten Handlungen bestimmter Personengruppen, die in einem besonderen Verhältnis zum Verletzten stehen (Verwandschaft), oder denen ein besonderes Treuverhältnis besondere Pflichten auferlegt (Beamte). Diese Eigenschaften müssen sich im Tatbestand des Verbrechens besonders ausdrücken. Sie werden objektives Tatbestandsmerkmal im Gegensatz zu persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen, die nur bei denen wirken, bei denen sie vorliegen.

Der Entwurf hat das Vorliegen dieser besonderen Eigenschaften und Verhältnisse im § 32 berücksichtigt. Man unterscheidet unter diesen strafbegründende, strafändernde und strafausschließende Umstände. Sie äußern alle eine verschiedene Wirkung.

I. Die strafbegründenden Umstände.

Von strafbegründenden Umständen spricht man dann, wenn ohne ihr Vorliegen eine strafbare Handlung überhaupt nicht vorhanden ist. Erst ihr Vorhandensein läßt auch ein Delikt entstehen.

1. Das geltende Recht soll zunächst kurz zur Darstellung kommen. Man kann hier Fälle unterscheiden, je nachdem ein Außenstehender, d. h. wer die Tat selber nicht begehen kann, an der Tat eines zurechnungsfähigen oder unzurechnungsfähigen Innenstehenden, d. h. dessen, der die Tat selber begehen kann, teilnimmt, oder umgekehrt ein Innenstehender an der Tat eines verantwortlichen oder unverantwortlichen Außenstehenden.

a) Der Außenstehende kann nach geltendem Recht an der Tat des zurechnungsfähigen Innenstehenden teilnehmen.[1]) Anstiftung und

[1]) Frank S. 107, Olshausen § 48 Nr. 20, § 49 Nr. 20, Liszt, Lehrb. S. 231, Mayer, Allgem. Teil S. 412, Beling, L. v. V. S. 421 f. 425, Wachenfeld, Lehrb. S. 210, Hälschner, Lehrb. I S. 436 f., Binding, Strafr. Abh. S. 489 f., Bar, Gesetz und Schuld II S. 658, Nr. 113, Nagler S. 70 f., 113 ff., Petri S. 48 ff., Getz, Mitt. d. J.K.V. V S. 354 f., Coenders S. 177. RG. 6 S. 414, 14 S. 102, 27 S. 157.

Beihilfe verlangen nur die Bestimmung zu der vom Täter begangenen strafbaren Handlung oder die Hilfeleistung zum Verbrechen oder Vergehen des Täters. Diese Bestimmungen sind also ganz allgemein getroffen, so daß darunter jede strafbare Handlung verstanden werden muß, ob sie nun von allen Rechtsunterworfenen begangen werden kann oder nur von einer bestimmten Gruppe. Es wird also die Anstiftung und Beihilfe in den §§ 48 und 49 St.G.B. nicht davon abhängig gemacht, ob einer auch Täter sein kann und in § 50 St.G.B. wird auch nicht bestimmt, daß die die Strafbarkeit begründenden Verhältnisse lediglich den Beteiligten zuzurechnen sind, bei denen sie vorliegen. Kohler [1]) leugnet, daß in diesem Fall Teilnahme gegeben sei, denn der Nichtbeamte verletze keine Berufspflicht. Ein objektives Rechtsgut sei dies nicht. Die Amtsvergehen beruhen nur auf Verletzung der subjektiven Amtspflicht; wenn er bestraft werden soll, dann könne das nur auf Grund besonderer Bestimmungen geschehen, wie z. B. in § 141 St.G.B. Daraus ergibt sich aber noch nicht, daß der Nichtbeamte ganz beliebig Eingriffe vornehmen darf. Nagler [2]) sagt ganz richtig, daß die Rechtsgüter, deren Verletzung einem Kreis von Personen untersagt wird, auch von den andern unverletzlich gelassen werden müssen. Das Interesse an der ungestörten Erhaltung dieser Rechtsgüter sei allgemein, daher sei es auch den Außenstehenden verboten, bei der Verletzung irgendwie mitzuwirken. Diese Sphäre hat der Außenstehende auch zu berücksichtigen. Er darf sich nicht an der Verletzung durch einen Innenstehenden beteiligen.

b) Der Außenstehende kann wegen Teilnahme an der Tat des unzurechnungsfähigen Innenstehenden nicht bestraft werden. Eine schuldhafte Handlung liegt nicht vor, eine strafbare Handlung ist also nicht gegeben, die Teilnahme daher mangels einer solchen straflos. Der Extraneus kann auch als mittelbarer Täter nicht bestraft werden, da er dem besonderen Kreis nicht angehört. Der objektive Tatbestand liegt in seiner Person nicht vor. Denn wer nicht unmittelbarer Täter sein kann, kann auch nicht mittelbarer Täter sein. [3])

[1]) Kohler, Studien I S. 134 ff., siehe aber Goltd. A. 58 S. 11, Goltd. A. 55 S. 10.

[2]) S. 115.

[3]) Frank S. 106, Mayer, Allgem. Teil S. 377, 411 f., Gerland, Krit. Bem. zum E. 19 S. 36, E. 25 S. 58, Binding, Strafr. Abh. I S. 268, Wuttig S. 49, Nagler S. 71. — A. A. Finger, Lehrb. I S. 377, Allfeld, Lehrb. S. 214 Nr. 6, Wachenfeld, Z.St.W. 40 S. 198, Bar, Gesetz und Schuld II S. 661.

c) Wie verhält sich nun die Teilnahme des Innenstehenden an der Tat des zurechnungsfähigen Außenstehenden? Da dieser die strafbegründende Eigenschaft nicht besitzt, Täter also nicht sein kann, liegt schon objektiv der Tatbestand der strafbaren Handlung nicht vor. Eine weitverbreitete, auch richtige Meinung läßt daher den Innenstehenden aus diesem Grund straflos.[1]) Andere behaupten hier, es liege mittelbare Täterschaft vor.[2])

d) Die herrschende Lehre bestraft die Teilnahme des Innenstehenden an der Tat des unverantwortlichen Außenstehenden als mittelbare Täterschaft. Auch die Beihilfe wird im allgemeinen darunter verstanden.

2. Die Regelung wird nach dem Entwurf einfacher, da ja die mittelbare Täterschaft zum größten Teil unter dem Begriff der Anstiftung aufgenommen ist. Der Betrachtung ist also nur zu unterziehen die Teilnahme des Außenstehenden an der strafbaren Handlung des Innenstehenden und umgekehrt die Teilnahme des Innenstehenden an der Tat des Außenstehenden. Dabei hat der Entwurf in § 32 die Regel aufgestellt, daß es zur Bestrafung des Teilnehmers genügt, wenn der strafbegründende Umstand in der Person des Täters vorliegt. Ohne weiteres sind Anstifter und Gehilfe strafbar, wenn diese Momente auch bei ihnen vorliegen.

a) Teilnahme des Außenstehenden an der Tat des Innenstehenden.

Eine strafbare Handlung seitens des Innenstehenden liegt vor, ob dieser zurechnungsfähig ist oder nicht, vorausgesetzt daß seine Handlung rechtswidrig ist. Gegenstandslos wird damit der Streit de lege lata, ob er bei Geisteskrankheit des Innenstehenden als mittelbarer Täter bestraft werden kann.

Die Strafe des Anstifters kann in diesem Fall gemildert werden. Dieser Regelung kann zugestimmt werden. Man hat zu bedenken, daß der Außenstehende zwar in die Rechtssphäre, die er zu achten hat, eingreift, ihr selber aber nicht angehört. Er verletzt z. B. keine besondere Berufspflicht, ist also aus diesem Grund dem anstiftenden Intraneus zu der Tat eines andern Intraneus nicht gleichzustellen.

[1]) Beling, L. v. B. S. 418, Liszt, Lehrb. S. 231, Perten S. 135 f., Flegenheimer S. 22 f., Wachenfeld Z.St.W. 40 S. 335, Bar, Gesetz und Schuld II S. 669.

[2]) Allfeld, Lehrb. S. 224 Nr. 9, Petri S. 48, Nagler S. 69, Lobe, Lpz. Komm. Einl. S. 94, RG. 15 S. 398, 25 S. 234, 28 S. 109, 50 S. 135.

Denn jener verletz. außer dem Verbot, eine strafbare Handlung zu unterstützen, auch noch die ihm auferlegte Amtspflicht.

b) Es wurde dargestellt, zu welchen Auswegen man nach geltendem Recht bei der Teilnahme des Innenstehenden an der Tat des Außenstehenden gelangte. Der Entwurf bestraft auch diese Fälle als Teilnahme, sofern die strafbegründenden Eigenschaften oder Verhältnisse beim Anstifter oder Gehilfen vorliegen. Voraussetzung ist, daß man ein echtes Amtsverbrechen überhaupt durch einen anderen ausführen lassen kann. Die Begründung führt dazu aus, „daß Personen, bei denen die die Strafbarkeit einer Handlung begründenden besonderen Eigenschaften oder Verhältnisse zutreffen, nicht bloß dann strafbar sind, wenn sie die Handlung selbst vornehmen, sondern auch dann, wenn sie bloß andere dazu anstiften oder dabei unterstützen, bei denen diese besonderen Eigenschaften oder Verhältnisse nicht vorliegen und die daher selbst nicht strafbar sind. Gleichgültig ist es auch hier, ob die die Tat unmittelbar ausführende Person zurechnungsfähig ist oder nicht." [1])

§ 32 Abs. 1 E. ist in seiner Fassung in diesem Punkt verunglückt, wenn „wegen einer Tat, deren Strafbarkeit durch besondere Eigenschaften oder Verhältnisse begründet wird, Anstifter und Gehilfe strafbar sind, wenn diese Eigenschaften oder Verhältnisse bei ihnen oder beim Täter vorliegen." Denn liegen sie beim Täter nicht vor, dann ist ein Sonderdelikt, d. h. eine Tat, deren Strafbarkeit durch besondere Eigenschaften oder Verhältnisse begründet wird, nicht begangen worden. Wegen Fehlens dieser besonderen Eigenschaften oder Verhältnisse in der Person des Täters kann eine Strafbarkeit nicht begründet werden, weil eine strafbare Handlung nicht vorliegt. Es fehlt schon an der Setzung des objektiven Tatbestandes. Der Intraneus als Anstifter oder Gehilfe müßte daher straflos sein. Der Entwurf drückt aber in § 32 Abs. 1 gerade das Gegenteil aus. Nach seinem Wortlaut zu schließen, müßte der anstiftende oder helfende Intraneus in allen Fällen strafbar sein, während die Begründung seine Bestrafung aber nur auf die Fälle beschränkt, bei denen der Täter trotz Fehlens der besonderen Eigenschaften oder Verhätnisse einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführt. Handelt er rechtlich indifferent, dann kann auch der Anstifter oder Gehilfe, bei dem die erforderlichen Eigenschaften oder Verhältnisse vorliegen, nicht bestraft werden.

[1]) Begründung S. 30.

II. Die strafändernden Umstände.

Darunter werden die strafschärfenden und strafmildernden Umstände verstanden. Nach § 32 Abs. 2 E. werden sie nur dem zugerechnet, bei dem sie vorliegen. Dieselbe Regelung hat das St.G.B. im § 50. Der Entwurf hat hier einen Unterschied zwischen den strafbegründenden und den strafändernden Umständen gemacht, wenn er für jene das Vorliegen beim Täter genügen läßt. Man hat sich gegen diese verschiedenartige Behandlung gewandt.[1]) Der Entwurf hat aber wie das St.G.B. das Richtige getroffen. Es ist wirklich nicht einzusehen, weshalb ein Dritter, der bei einem Aszendententotschlag teilgenommen hat, der strengeren Strafe des Deszendenten unterliegen soll. Für ihn ist es Teilnahme am Totschlag. Er steht in keinem besonderen Verwandtschaftsverhältnis zu dem Getöteten wie der Täter. Warum soll er dann dafür büßen, daß der Täter zufällig in diesem Verhältnis zum Getöteten steht?

III. Die strafausschließenden Gründe werden nach § 32 Abs. 2 E. genau so behandelt wie die Strafänderungsgründe. Berücksichtigt werden sie also nur bei dem, bei dem sie vorliegen. In dieser Hinsicht bedeutet dies eine Neuerung gegenüber § 50 St.G.B., der über die Strafausschließungsgründe nichts aussagt. Nach der herrschenden Ansicht fallen sie nicht unter § 50 St.G.B.[2]) Für sie gilt also dasselbe wie für die strafbegründenden Umstände nach geltendem Recht. Die Regelung des Entwurfs ist zu begrüßen. Strafwürdig ist, wer an der Tat jemandens mitwirkt, dem ein Strafausschließungsgrund zur Seite steht. Denn dieser Grund beseitigt den Charakter der Rechtswidrigkeit der Tat nicht. Eine strafbare Handlung bleibt trotz des Vorliegens eines Strafausschließungsgrundes bestehen. Deshalb liegt auch Teilnahme an einer strafbaren Handlung vor, wenn auch der Täter straflos ausgeht.

IV. § 50 St.G.B. hat ausdrücklich den Mittäter erwähnt. § 32 E. redet dagegen bloß vom Täter, Anstifter und Gehilfen. Der Außenstehende kann nie Mittäter bei einem Amtsverbrechen sein, da er dieses

[1]) Beling, L. v. V. S. 463, Bar, Gesetz und Schuld S. 669, Kohler, Studien I S. 137 ff., Nagler S. 100.

[2]) Frank S. 130, Olshausen § 50 Nr. 2, Lobe Lpz. Komm. § 50 Nr. 1 b, Mayer, Allgem. Teil S. 410 ff., Reform I S. 357 f., Wachenfeld, Z.St.W. 40 S. 213, Finger, Lehrb. I S. 364, RG. 22, S. 51, 25 S. 234, 36 S. 148, 55 S. 182, 59 S. 140. A. A. Birkmeyer, Vergl. Darst. II S. 158. Allfeld, Lehrb. S. 210.

als Alleintäter nicht begehen kann.[1]) Aus diesem Grund bedarf es einer Erwähnung des Mittäters in § 32 E. nicht. Er kann nur als Gehilfe bestraft werden.

V. In diesem Zusammenhang sollen kurz die Absichtsdelikte gestreift werden. Handelt der Täter ohne die erforderliche Absicht, während diese der Hintermann hat, dann wird dieser nach geltendem Recht als mittelbarer Täter, der unmittelbar Handelnde als Gehilfe bestraft. Solche Fälle der mittelbaren Täterschaft beseitigt der Entwurf dadurch, daß ähnlich wie beim Betrug de lege lata der Tatbestand erweitert wird und von der Absicht, sich oder einen andern zu bereichern, gesprochen wird. (Vergl. § 121, 328, 333, 338, 350 Abs. 2 oder auch 346, 348 Abs. 2 und 354.)

Die limitiert akzessorische Form macht den Begriff des dolosen Werkzeugs in diesen Fällen auch überflüssig. Der Ausführende wird, was natürlich jedesmal zu prüfen ist, regelmäßig rechtswidrig handeln, sodaß der Hintermann als Teilnehmer zu bestrafen ist. Allerdings müßte die erforderliche Absicht zum mindesten beim Teilnehmer vorliegen, entsprechend wie strafbegründende Eigenschaften oder Verhältnisse nach § 32 Abs. 1 E. Liegt sie bei keinem vor, dann kann man nicht z. B. von Anstiftung zu Diebstahl reden. Damit werden die im Zusammenhang mit diesen Fällen auftauchenden Streitfragen beendet.

VI. Der Entwurf spricht im Gegensatz zum St.G.B. statt von persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen von „besonderen" Eigenschaften und Verhältnissen. Damit will der Entwurf aber nichts anderes sagen als das St.G.B. Es sollen nur „verschiedene Zweifel gelöst werden, die der Ausdruck des geltenden Gesetzes hervorgerufen hat, namentlich die bestrittene Frage, ob Rückfälligkeit und Gewohnheit als persönliche Eigenschaften und Verhältnisse angesehen werden können."[2]) Die Eigenschaften sind „Beschaffenheiten des Wesens eines Menschen", die Verhältnisse „Beziehungen eines Menschen zu einem andern Menschen oder zu irgend einem Ding". Diese Eigenschaften und Verhältnisse müssen von einer gewissen Dauer sein, wie z. B.

[1]) Lobe, Lpz. Komm. § 47 Nr. 9, Allfeld, Lehrb. S. 208 Nr. 29, Wachenfeld, Lehrb. S. 202, Beling, L. v. V. S. 409, Bar, Gesetz und Schuld II S. 608, RG. 29 S. 419, 31 S. 407, 39 S. 193, 42 S. 382.

[2]) Begründung S. 30.

Beamteneigenschaft. Ueberlegung und Absicht fallen unter diesen Begriff daher nicht.[1])

Abschließend ist festzustellen, daß die Regelung in § 32 E. abgesehen von ihrer etwas unrichtigen Fassung Lücken des geltenden Rechts bezüglich der Teilnahme des Intraneus an der Tat des Extraneus aufgefüllt hat.

[1]) Lobe, Lpz. Komm. § 50 Nr. 2, § 47 Nr. 9, Mayer, Allgem. Teil S. 410 Nr. 11, Allfeld, Lehrb. S. 209 Nr. 32, Wachenfeld, Lehrb. S. 212. — A. A. Finger, Lehrb. I S. 362 f., Binding, Strafr. Abh. I S. 364, Kohler, Goltd. A. 58 S. 7.

Schlußbetrachtung.

So ist als Ergebnis der Betrachtung der Teilnahmeregelung festzustellen, daß der Entwurf einen wesentlichen Fortschritt gegenüber dem geltenden Recht bedeutet. Die klaren, einfachen Bestimmungen über die Teilnahme führen zu weitaus befriedigenderen Ergebnissen als die des Strafgesetzbuchs. Der Kreis der strafbaren Handlungen wird erweitert. Zu Hilfsbegriffen braucht der Entwurf keine Zuflucht zu nehmen. Vor allem ist von weitgehender Bedeutung die Aufgabe der extrem akzessorischen Form der Teilnahme, die in der Rechtswissenschaft zu einer Reihe von Streitfragen geführt hat. Der Entwurf lehnt es richtigerweise ab, daß die Strafbarkeit der Teilnehmer vom Verschulden des Täters abhängig sein solle. Die Aufgabe dieser Form der Akzessorietät führt dementsprechend zu der Bestrafung von Teilnehmern, die nach dem geltenden Recht ihrer Strafe nicht zugeführt werden konnten, obwohl sich niemand der Ansicht verschließen konnte, daß diese am Verbrechen Beteiligten strafwürdig seien. Im Zusammenhang damit entfällt auch zum größten Teil der Begriff der mittelbaren Täterschaft. Er geht in dem der Anstiftung auf. Der Entwurf bricht damit mit der Gleichstellung der mittelbaren Täterschaft mit der Täterschaft. Es ist nicht richtig, wenn behauptet wird, die Anstiftung des Entwurfs vereinige „zwei völlig disparate Dinge" miteinander.

Vollkommen ist die Regelung des Entwurfs allerdings nicht. Der Erkenntnis, daß die Mittäterschaft von der Beihilfe nicht scharf getrennt werden kann, daß die Grenzen immer fließend sein werden, welcher Theorie man auch huldigt, verschließt sich der Entwurf. Er behält noch beide Begriffe bei und bemüht sich, sie auf Grund der gemischten Theorie zu trennen, ein Beginnen, das wie die andern Theorien zu einem sicheren Ziel nicht führen kann. Einen scharfen Gegensatz zwischen den beiden Begriffen herauszuarbeiten, wird nie gelingen.

Eine Forderung de lege ferenda ist die Aufgabe dieser Begriffe, eine Bestrafung der schwersten Fälle der fahrlässigen Anstiftung, ähnlich wie die Bestrafung einzelner Fälle des Anstiftungsversuchs, und eine Bestrafung der schwersten Fälle des Beihilfeversuchs durchzuführen. Werden diese Ergänzungen getroffen, so wird dem Rechtsschutzgedanken vom praktischen Standpunkt aus vollkommen Genüge getan. Und für den Gesetzgeber ist der praktische Standpunkt der maßgebende.

Literatur-Verzeichnis.

Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1922.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 2. 1907.

Bauer, A.: Lehrbuch des Strafrechts, 2. Aufl. 1833.
Abhandlungen aus dem Strafrecht und Strafprozeß, Bd. 1. 1840.

Bauer, W.: Die akzessorische Natur der Teilnahme. 1904.

Beling: Die Lehre vom Verbrechen. 1906.
Zur Lehre von der Ausführung strafbarer Handlungen. Z.St.W. 28/589 ff.
Der amtliche Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches. Ger. S. 91/348 ff.

Berner: Die Lehre von der Teilnahme. 1847.
Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1888.

Bierling: Juristische Prinzipienlehre, Bd. 3. 1905.

Binding: Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgem. Teil. 1907.
Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. II, Bes. Teil. 1904.
Die Normen und ihre Uebertretung, Bd. 3 und 4. 1918 und 1919.
Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: der Täter, der Verursacher („Urheber") und der Gehilfe. Ger. S. 71/1 ff.
Der objektive Verbrechenstatbestand und seine rechtliche Bedeutung. Ger. S. 76/1 ff.
Das Subjekt des Verbrechens und die Satzungen „des Vorentwurfs zu einem deutschen St.G.B." über die „Teilnahme". Ger. S. 76/87 ff.
Die Formen des verbrecherischen Subjekts. Unter besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch und des Entwurfs eines österreichischen Strafgesetzbuchs vom Sept. 1909. Ger. S. 78/1 ff.
Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts: Der Täter, der Verursacher (Urheber), der Gehilfe in Strafrechtliche und strafprozeßuale Abhandlungen.

Birkmeyer: Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts. 1890.
Teilnahme am Verbrechen, in Vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgem. Teil Bd. II, S. 1 ff.

Bumke: Der neue Strafgesetzentwurf. D.J.Z. 1925/21 ff.

Buri: Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung. 1860.
Ueber Kausalität und deren Verantwortung. 1873.
Urheberschaft und Beihilfe. Ger. S. 19/278 ff.
Ueber Teilnahme am Verbrechen. Ger. S. 22/1 ff.
Ueber Kausalität und Teilnahme. Z.St.W. 2/232 ff.

Coenders: Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme. 1909.

Dinghofer: Oesterreichische Rechtsgedanken im Entwurf. D.J.Z. 1928/385.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch. 1929, 4. Auflage.

Ebermayer: Der Entwurf 1927 eines Allgem. Deutschen Strafgesetzbuchs nach der Fassung des Reichsrats. D.J.Z. 1927/625.

Feuerbach: Lehrbuch des peinlichen Rechts. 1847.

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Bd. I. 1904.
Die Reichstagsvorlage des amtlichen Entwurfs eines Allgem. Deutschen Strafgesetzbuchs. Ger. S. 95/106 ff.

Flegenheimer: Das Problem des „dolosen Werkzeugs". Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 164.

Foinitsky: Die strafrechtliche Doktrin der Teilnahme. Z.St.W. 12/55 ff.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1926, 1931. 17. und 18. Aufl.

Freudenthal: Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 37.

Gerland: Kritische Bemerkungen zum allgem. Teil des Strafgesetzentwurfs 1919. Der Entwurf 25. Allgem. Teil. Kritische Betrachtungen. S. 52 ff.

Getz: Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung. Bd. 5, S. 348 ff.

Goldschmidt: Gegenentwurf zu den Abschnitten: „Die Straftat" und „Täter und Teilnehmer" des Strafgesetzentwurfs von 1919. Jur. W. 1922/252 ff.

Grünhut: Strafrecht, Allgem. Teil (Literaturbericht). Z.St.W. 47/494.

Hagerup: Zur legislativen Behandlung der Teilnahme am Verbrechen. Z.St.W. 29/614 ff.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 1. 1881.

Harburger: Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Bd. 11.

Heimberger: Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Literatur von Schwarzenberg bis Feuerbach. 1896.

Hergt: Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, in Veröffentlichungen des Akad.-Jur.-Vereins München, Heft 4/5.

Herzog: Noch einige Bemerkungen zur Lehre von der Teilnahme. Ger. S. 28/321 ff.

Hippel: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen im Strafgesetzentwurf 1925. Z.St.W. 47/18.

Hoegel: Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, Eventualvorsatz. Z.St.W. 37/651 ff.

Hoffmann: Die Bedeutung der Verschiedenheit der Täterschaftsformen und des Unterschieds von Tateinheit und Tatmehrheit im Strafrecht. Jur. W. 1924, 288 ff.

Höpfner: Ueber die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe. Z.St.W. 26/579 ff.

Horn: Erörterung einiger strafrechtlicher Grundbegriffe vom Standpunkt der Wundt'schen Psychologie aus. Ger. S. 53/100.

Kern: Die Teilnahme im E. 25. (Allgem. Teil, 4. Abschnitt.) Ger. S. 92/125 ff.

Kitzinger: Teilnahme, Tateinheit und Tatmehrheit im künftigen Strafrecht. Jur.W. 1922/979 ff.

Klee: Die relative Strafbarkeit des Mittäters und Anstifters. Goltd. A. 67/81 ff.

Kohler: Studien aus dem Strafrecht, Bd. 1. 1890.
Anstiftung und Agent provocateur. Goltd. A. 55/1 ff.
Teilnahme und Urheberschaft. Goltd. A. 58/1 ff.

Köstlin: System des Deutschen Strafrechts, Bd. 1. 1855.

Kries: Ein Beitrag zu der Lehre der Teilnahme. Z.St.W. 7/521.

Lang: Lücken und Ueberflüssiges im Strafgesetzentwurf. Jur. W. 1928/2183 ff.

Lehmann: Der Stand der Strafrechtsreform. D.R.Z. 1928, S. 206 ff.

Liepmann: Die Reform des deutschen Strafrechts, kritische Bemerkungen zu dem „Strafgesetzentwurf", in Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Heft 2, S. 54 ff.

Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1921.
Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches. Z.St.W. 30/250 ff.

Lilienthal: Der Stooß'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs. Z.St.W. 15/260 ff.
Der neue Entwurf eines Strafgesetzbuches, in Monatsschrift für Kriminal-Psychologie und Strafrechtsreform, 1925/113 ff.

Lobe: Lücken im amtlichen Entwurf eines Strafgesetzbuches. Ger. S. 92/53 ff.

Ludwig: Die Lehre von der Teilnahme und ihre Behandlung im amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 223.

Mayer: Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. 1915.
Versuch und Teilnahme, in Aschrott-Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, Bd. 1. 1910.

Merkel: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1889.

Merkel-Liepmann: Die Lehre vom Verbrechen und Strafe. 1912.

Mezger: Die Teilnahmelehre des Strafgesetzentwurfs von 1919. Deutsche Str.R.Z. 1921/205 ff.

Mittermaier: Gutachten über § 300 R.St.G.B., Ergänzung II, Bemerkungen zu der sogen. mittelbaren Täterschaft. Z.St.W. 21/235.

Nagler: Die Teilnahme am Sonderverbrechen. 1903.

Nicoladoni: Der Einfluß der neueren strafrechtlichen Anschauungen auf die gesetzgeberische Behandlung des Versuchs und der Teilnahme. Mitt. der Internat. Kriminalistischen Vereinigung 5, S. 336 ff.

Oborniker: Kritische Betrachtung zum allgem. Teil des Strafgesetzentwurfs. Justiz 1927/579 ff.

Oetker: Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme. Ger. S. 68/299 ff.

Zur Strafrechtsreform. Ger. S. 89/161 ff.

Teilnahme am Verbrechen. (Amtl. Entwurf §§ 25—28.) Ger. S. 94/1 ff.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1927.

Kritische Bemerkungen zu den Beschlüssen der Deutschen Strafrechtskommission. 1913.

Petri: Die mittelbare Täterschaft. Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 125.

Perten: Die Beihilfe zum Verbrechen. Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 198.

Reichle: Teilnahme am Verbrechen. Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 285.

Rixius: Urheberschaft und Anstiftung. Würzburger Dissertation. 1926.

Schäfer: Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909—1927. 1927.

Schaeffer: Die „mittelbare Täterschaft" nach den Beschlüssen des Strafrechtsausschusses des Reichstages. D.J.Z. 1928/215 ff.

Schmidt, Rich.: Grundriß des Deutschen Strafrechts. 2. Aufl.

Schütze: Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. 1869.

Stooß: Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts. 1892.

Tjaben: Die Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihilfe. Goltd. A. 42/218 ff.

Träger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. 1904.

Zur Lehre von der Teilnahme. Ein Gegenvorschlag zum Standpunkt des E. 19. Jur. W. 1922/976 ff.

Die strafbare Handlung. (Zweiter Abschnitt des Allg. Teils des amtl. Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs.) Ger. S. 92/289.

Wach: Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. D.J.Z. 1910/108.

Der neue Strafgesetzentwurf, allgem. Teil. D.J.Z. 1925/529 ff.

Wachenfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1914.

Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug. Z.St.W. 40/30 ff., 129 ff., 321 ff.

Der allgem. Teil des Strafgesetzentwurfs von 1925. Goltd. A. 69/305 ff.

Wegner: Teilnahme, in Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts nach dem Entwurf von 1925. S. 102 ff.

Wuttig: Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen. Strafrechtl. Abh., Heft 40.

Zimmerl: Grundsätzliches zur Teilnahmelehre. Z.St.W. 49/39 ff.

Deutsches Strafgesetzbuch. 1871.

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch mit Begründung. 1909.

Gegenentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Herausgeg. von v. Kahl, Lilienthal, v. Liszt und Goldschmidt. 1911.

Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1913.

Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919 mit Denkschrift.

Amtlicher Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1925 mit Begründung.

Amtlicher Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1927 mit Begründung.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich am 10. November 1907 in Tübingen als Sohn des jetzt verstorbenen Gerichtsvollziehers Georg Kircher und seiner Ehefrau Anna geb. Klett. Nach Besuch der Oberrealschule in Tübingen legte ich an dieser Anstalt im Frühjahr 1926 die Reifeprüfung ab. Meine Studienzeit verbrachte ich in Tübingen, mit Ausnahme des Sommersemesters 1928, wo ich an der Universität Kiel immatrikuliert war. Im Herbst 1930 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und bin seither als Referendar beim Amtsgericht Tübingen tätig.